

الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني

الدكتورة/ ألاء يعقوب النعيمي

كلية القانون، جامعة الشارقة

المقدمة

لم يعد من خلاف أن العصر الذي نعيش فيه هو عصر المعلوماتية وثورتها. فشبكة الانترنت وهي ابرز مقومات ثورة المعلوماتية جعلت من تبادل المعلومات أمراً ميسورا للغاية. فصار بالإمكان بلوغ أي مكان في العالم عبر هذه الشبكة، دونما داع للانتقال المادي إليه. وقد استغلت هذه الإمكانات الهائلة للشبكة في مجالات مختلفة أهمها ابرام المعاملات القانونية على اختلافها مدنية وتجارية وتنفيذها احيانا. ومن البديهي أن أي تعامل قانوني يحتمل في ابرامه وتنفيذه وانقضائه امرين. اولهما أن يسير هذا الإبرام أو التنفيذ أو الانقضاء سيرا طبيعيا دونما نزاع بين الطرفين، وثانيهما أن يثار نزاع بينهما حول امر من هذه الأمور. وفي هذا الفرض الثاني يحتاج الأمر إلى وسيلة لفض النزاع بين الطرفين. و إذا كان التحكيم وسيلة ذات مزايا دعت إلى اعتمادها في المعاملات التقليدية كونها تحقق السرعة والسرية في حسم المنازعات خلافا لطريق القضاء الطويل العلني، فان هذه المزايا تظهر الحاجة اليها بشكل أكثر وضوحا قدر تعلق الأمر بالمعاملات التي تكون الانترنت وسيلة لإبرامها. فهذه الوسيلة تحقق فيما تحققه السرعة في ابرام المعاملة والسرعة في تنفيذها، فإذا ثار نزاع بين الطرفين فان الأمر يستلزم – تناسبا مع هذه الطبيعة – السرعة في حسمه. وهذا ما يجعل للتحكيم اهمية خاصة في مجال المعاملات التي تبرم



عبر الانترنت. من اجل هذا ظهر التحكيم الالكتروني وسيلة مطورة لحسم المنازعات عموما والتي تبرم عبر الانترنت خصوصا. إلا أن ظهوره لم يكن خاليا من العقبات القانونية. فالتحكيم يبدأ باتفاق وهذا الاتفاق له احكامه الخاصة. لعل من أهمها الشكلية المطلوبة لانعقاده، فإذا ابرم هذا الاتفاق عبر الانترنت فأن التساؤل يثار عما إذا كان بالإمكان استيفاء هذه الشكلية. كما أن تشريعات حماية المستهلك تضع في الغالب قيودا على اختيار القانون الواجب التطبيق لصالح المستهلك بحيث لا يخسر المستهلك الحماية التي يقررها له قانونه الوطني، وهنا يثار التساؤل أيضاً عن كيفية أعمال هذه الأحكام الخاصة إذا ما أريد تطبيق التحكيم الالكتروني إذا كان احد طرفيه مستهلكا. وللإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها مما يثيره التحكيم الالكتروني فقد قسمنا البحث إلى أربعة مباحث يتناول الأول التعريف بالتحكيم الالكتروني وأهميته، في حين ينصب الثاني على مفهوم اتفاق التحكيم الالكتروني وصوره، أما المبحث الثالث فيتعلق بالشروط الموضوعية لانعقاد اتفاق التحكيم الالكتروني، أما المبحث الرابع الأخير فانه يتناول الشروط الشكلية لانعقاد اتفاق التحكيم الالكتروني.

المبحث الأول

التعريف بالتحكيم الالكتروني وأهميته

يعد التحكيم الالكتروني واحدا من الوسائل البديلة لفض المنازعات، وهو في الواقع صيغة مطورة للتحكيم بصورته التقليدية. وإذا كان لظهور التحكيم بصورته التقليدية كبديل عن القاضي باعتباره الوسيلة المعتادة لفض النزاعات مبررات معينة، فأن مبررات أخرى تقف وراء ظهور التحكيم الالكتروني وتفرض وجوده. ويستند أغلب هذه المبررات إلى ظهور بيئة جديدة تجري التعاملات القانونية في اطارها، هي

البيئة الالكترونية الممثلة بشبكة المعلومات الدولية " الإنترنت ". وإذا كانت البيئة الالكترونية هي الأساس في وجود التحكيم الالكتروني، فأن هذه البيئة ذاتها هي ما يحدد مفهوم التحكيم الالكتروني، وهي في الوقت ذاته ما يحدد أهميته بإضفاء مزايا معينة تدعم وجود التحكيم الالكتروني. ولعل ما قد يعتري هذا التحكيم من عيوب أو مساوئ مرده أيضاً البيئة التي يتم فيها وهي البيئة الالكترونية.

أن ما تقدم يتضح فيما يأتي من مطلبين. ويتناول أولهما مفهوم التحكيم الالكتروني ويتناول الثاني مزايا التحكيم الالكتروني ومساوئه.

المطلب الأول

مفهوم التحكيم الالكتروني

لا يختلف التحكيم الالكتروني [١] في جوهره عن التحكيم التقليدي. فكلاهما وسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات. إذ يعتمد لفض نزاع معين بدلا من اللجوء إلى القضاء باعتباره الوسيلة المعتادة لفض المنازعات. والتحكيم، سواء كان تقليديا أو الكترونيا هو طريق خاص لفض المنازعات، إذ أن قوامه إرادة الخصوم. فالتحكيم لا يتم إلا إذا اتفق الطرفان على اتخاذه وسيلة لحل نزاعهم. وولاية المحكم في حسم النزاع تستمد بناء على ذلك من هذا الاتفاق، كما تتحدد صلاحياته بحدود ما تفوضه إرادة الأطراف النظر فيه. مع ملاحظة أن دور الإرادة في وجود التحكيم ليس مطلقا، إذ انه مقيد ابتداء بالحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم

(١) ويسمى ايضا التحكيم الشبكي Cyber Arbitration والتحكيم على الخط Online Arbitration وقد آثرنا تسميته بالتحكيم الالكتروني كونها التسمية الاكثر شيوعا لهذا النوع من التحكيم.



بديلا عن القضاء. وهي حالات يحددها المشرع، ويضع بموجبها اطارا للإرادة ودورها في اللجوء إلى التحكيم [٢].

وإذا كانت إرادة الطرفين هي الأساس في وجود التحكيم، فأنها لا تشكل إلا احد جانبي التحكيم. فإرادة الطرفين التي يجسدها اتفاقهما على التحكيم تقف عند حد اختيار طرف محايد يكلان إليه مهمة الفصل في نزاعهما. فإذا قبل هذا الطرف المحايد هذه المهمة فانه يتولى الفصل في النزاع بين الطرفين، وعمله هذا لا دخل لإرادة الطرفين فيه. فالطرفين باختيارهما له جعلا له وحده سلطة الفصل في النزاع. وما يتوصل إليه من قرار يعد حكما يحسم النزاع حائزا لقوة الأمر المقضي فيه، واجب التنفيذ بواسطة السلطة العامة مثله في ذلك مثل الحكم القضائي. وهكذا فأن التحكيم في هذا الجانب يأخذ صفة القضاء[٣].

وهذان الجانبان معا هما جوهر التحكيم واليهما يستند مفهوم التحكيم. بناء على ذلك يمكن تعريف التحكيم بشكل عام بأنه: وسيلة لفض نزاع بين طرفين تقوم على اتفاقهما على طرح النزاع على شخص أو أكثر ليقوم هذا الأخير بالفصل في النزاع بإصدار حكم نهائي ملزم في النزاع بدلا من المحكمة المختصة به.[٤]

---

(٢) انظر : د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية (قانون التحكيم التجاري المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية)، الطبعة الأولى، بيروت – لبنان، ١٩٩٨، ص ٢٢.

انظر أيضاً: عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والادارية طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الإسكندرية : منشأة المعارف، ١٩٩٥، ص ٧.

(٣) انظر : د. مصطفى محمد الجمال، ود. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ١٩ و ٤٩.

(٤) بمثل هذه المعنى انظر :

د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، الطبعة الخامسة، الاسكندرية : منشأة المعـارف، ١٩٨٧، ص ١٥.

د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، عمان : مكتبة دار الثقافة للنـشر والتوزيع، ١٩٩٧، ص ١٧.

د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، القاهرة : دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٣.

وإذا كان هذا المفهوم العام يمثل جوهر التحكيم ايا كانت صورته تقليديا أو الكترونيا، فأن ما يميز التحكيم الالكتروني ويعطيه وصفه انه تحكيم يتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة التي تعتمد على تقنية المعلومات والاتصالات، والتي تتمثل على وجه الخصوص بشبكة الانترنت. فقد أدى استخدام شبكة الانترنت على نحو واسع في مجال المعاملات القانونية ولا سيما المعاملات التجارية منها إلى خلق نوع جديد من المعاملات القانونية هو المعاملات الالكترونية أو ما اصطلح على تسميته بالتجارة الالكترونية. وهي كما هو شأن التحكيم وان كانت لا تختلف عن المعاملات القانونية التقليدية في جوهرها إلا أنها تختلف عنها في الوسيلة التي يتم من خلالها التفاوض على إبرامها ومن ثم إبرامها وحتى تنفيذها، ذلك أن من المعاملات الالكترونية ما يتم تنفيذه على الشبكة تنفيذا الكترونيا. وهذا كله دفع إلى إثارة مسألة ضرورة تبني قواعد قانونية جديدة تتلاءم مع هذا النوع الجديد من المعاملات القانونية. فالقواعد القانونية المتاحة هي قواعد وجدت واستقرت لتحكم معاملات تبرم وتنفذ ماديا. وهذا ما يجعلها عاجزة عن أن تمتد بحكمها لتشمل معاملات سمتها أنها الكترونية تبرم وتنفذ الكترونيا وقد لا يكون فيها ما هو مادي قط. من هنا بدأت الجهود لوضع تلك القواعد القانونية الجديدة المدعو إليها. فوجدت قوانين التجارة الالكترونية والمعاملات الالكترونية مكانا لها بين تشريعات العديد من الـــدول [٥].

د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، الاسكندرية : دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤، ص ٣.

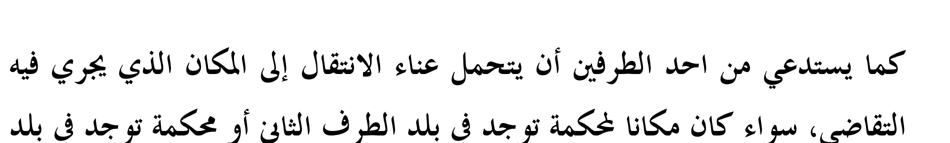
(٥) من ذلك على سبيل المثال قانون المبادلات الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ وقانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١، وقانون التجارة والمعاملات الالكترونية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦

إلا أن هذه الضرورة لا تقتصر على القواعد الموضوعية التي تحكم التعامل الالكتروني تفاوضاً وإبراماً وتنفيذاً، بل تمتد لتشمل القواعد الإجرائية التي تحفظ لأطراف التعامل الالكتروني حقوقهم الناشئة عن هذا التعامل، وتضمن ردها لهم في حال تعرضها للاعتداء (٦). وتعد مثل هذه القواعد أمراً في غاية الأهمية، فالتجارة ايا كان نوعها تقليدية أو الكترونية تقوم على الثقة والائتمان فهما اساس وجودها، فإذا انتفى وجودها انتفت التجارة. وإذا كانت الثقة والائتمان في ميدان التجارة التقليدية قد كفلتهما القواعد القانونية التقليدية المستقرة، فأن من الضروري وجود قواعد قانونية – موضوعية واجرائية – جديدة تكفل الثقة والامان للتجارة الالكترونية وتحفظ حقوق أطرافها إذا ما اريد للتجارة الالكترونية أن تستمر وتزدهر.

ولما كانت الوسيلة التي تبرم من خلالها المعاملات الالكترونية وسيلة الكترونية، فأن القواعد القانونية الموضوعية وضعت لتلائم هذا الوسط. وهذا ما ينبغي أن يكون عليه الحال بالنسبة للقواعد القانونية الإجرائية ولا سيما تلك التي تتعلق بفض المنازعات التي تنشأ عن التعامل الالكتروني أو في اطاره. فاتباع الطريق المعتاد لفض المنازعات المتمثل باللجوء إلى القضاء اسلوبا لفض النزاعات الناشئة عن التعامل الالكتروني يعد أمراً غير ملائم للطبيعة الخاصة للوسط الذي يتم فيه التعامل الالكتروني. فهذا التعامل يتم في بيئة الكترونية تتجاوز الحدود الإقليمية للدول وغالبا ما يكون الطرفان موجودين في دولتين مختلفتين، بل كثيرا ما يتم التعامل دون أن يعرف الطرفان احدهما الآخر، وفي ضوء هذا الواقع يصبح من العسير رفع الأمر إلى القضاء. فهذا الأمر يستدعي تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق،

---

(٦) انظر : د. مصلح احمد الطراونة، ود. نور حمد الحجايا، التحكيم الالكتروني بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق- جامعة البحرين، المجلد الثاني، العدد الاول، ٢٠٠٥، ص ٢٠٥.



كما يستدعي من احد الطرفين أن يتحمل عناء الانتقال إلى المكان الذي يجري فيه التقاضي، سواء كان مكانا لمحكمة توجد في بلد الطرف الثاني أو محكمة توجد في بلد ثالث.

وبناء على ما تقدم وصعوبة اللجوء إلى القضاء لفض المنازعات الناشئة عن التعامل الالكتروني، فقد بات منطقيا اللجوء إلى الوسائل البديلة لفض المنازعات ومن بينها التحكيم.

إلا أن التحكيم الذي يتم اعتماده أسلوباً لفض المنازعات التي تنشأ عن التعامل الالكتروني لا يمكن أن يكون تحكيما تقليديا تحده قيود المكان، وان كان مكانا متفقا عليه. بل ينبغي أن يطوع لينسجم مع خصوصية التعامل الالكتروني وخصوصية الوسيلة التي يتم في إطارها. فإذا كان الوسط الالكتروني – ممثلا بشبكة الانترنت – هو الوسيلة التي تستخدم لإبرام التعامل الالكتروني وتنفيذه فأن فض أي نزاع ينشأ عن هذا التعامل ينبغي بحكم المنطق أن يتم باستعمال الوسيلة ذاتها والوسط ذاته [٧].

وهكذا ظهر التحكيم الالكتروني صورة جديدة مطورة من التحكيم التقليدي، ومنسجمة مع خصوصية التعامل الالكتروني والنزاع الذي يثور بشأنه، كونه تحكيما يتم باستخدام ذات الوسط وذات الوسيلة التي بها التعامل الالكتروني وهو الوسط الالكتروني.

---

(٧) انظر : د. مصلح احمد الطراونة، د. نور حمد الحجايا، مصدر سابق، ص ٢٠٥ – ٢٠٦.





فإذا كان ما يميز التحكيم الالكتروني ويضع فيصل التفرقة بينه وبين التحكيم التقليدي هو استعمال وسائل الاتصال الحديثة في إجراءاته، فأن التساؤل يطرح عما إذا كان من اللازم تمام التحكيم بأكمله عبر الوسيلة الالكترونية لاعتباره الكترونيا أم يكتفي لاعتباره كذلك استعمال الوسيلة الالكترونية في أي مرحلة من مراحله؟

لم يتفق الفقه على رأي واحد في الإجابة عن هذا التساؤل. وانقسم بهذا الصدد إلى اتجاهين:

يذهب الاتجاه الأول منهما [٨] إلى أن التحكيم يعد الكترونيا سواء تم بأكمله عبر وسائل الكترونية أو اقتصر استعمال هذه الأخيرة على بعض مراحله فقط، وأيا كانت المرحلة التي تستخدم فيها الوسيلة الالكترونية إذ يمكن أن يقتصر استخدام الوسيلة الالكترونية على مرحلة إبرام اتفاق التحكيم أو على مرحلة خصومة التحكيم، في حين تتم المراحل الأخرى بالطرق التقليدية كأن تعقد بعض جلسات التحكيم بحضور الطرفين وتواجدهما تواجدا ماديا.

أما الاتجاه الفقهي الثاني[٩] فأنه وعلى النقيض من الاتجاه الأول يذهب إلى أن التحكيم لا يكون الكترونيا إلا إذا تم بأكمله عبر الوسيلة الالكترونية. إذ ينبغي أن يبدأ التحكيم باتفاق تحكيم الكتروني، ويمر بإجراءات تحكيم تتم باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، فلا يلتقي الأطراف مع المحكم أو المحكمين لقاء ماديا ولا يصار إلى

---

(٨) انظر : د. سامي عبد الباقي ابو صالح، التحكيم التجاري الالكتروني، القاهرة : دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٢٠.
انظر ايضا : د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، الاسكندرية : دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦، ص ٣٢٠.

(٩) انظر : د. مصلح احمد الطراونة، د. نور حمد الحجايا، مصدر سابق، ص ٢٠٧.
انظر ايضا : د. نايلة قمير عبيد، التوجهات الحديثة للتحكيم الدولي، محاضرة ملقاة في الدورة الثانية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في مركز دبي للتحكيم الدولي في المدة من ١٢ – ١٤ / ١١ / ٢٠٠٧، ص ٦.

انعقاد جلسات تحكيم مادية. وبالمثل ينبغي أن ينتهي التحكيم بإصدار حكم الكتروني فيه.

والاتجاه الثاني يرجح في تقديرنا على الاتجاه الأول. فالتحكيم الالكتروني هو تحكيم يتم بأكمله عبر الوسيلة الالكترونية. وسندنا في الترجيح هو أن القول بنقيض ذلك يجعل من أي تحكيم تحكيما الكترونيا. إذ لا يخلو تحكيم من استعمال وسائل الاتصال الحديثة في أي مرحلة من مراحله. كأن يتم تبليغ الطرف الآخر عبر البريد الالكتروني أو إرسال بعض المستندات عبر البريد الالكتروني أو الفاكس. فمثل هذه التقنيات الحديثة أضحت لا غنى عنها. ولا يمكن القول أن استعمالها يجعل من التحكيم تحكيما الكترونيا. ولا يختلف الحكم في الحالة التي تستخدم فيها الوسيلة الالكترونية لعقد بعض جلسات التحكيم. فمثل هذا التحكيم يبقى تقليديا طالما تعقد جلسات مادية للتحكيم وطالما لا تتم إجراءاته بأكملها عبر وسيلة الكترونية. ولعل مما يؤكد ذلك أن مراكز التحكيم الدولية جميعها تحرص على الاستفادة من التطور التقني فجميعها لها موقع الكترونية على الشبكة وجميعها يمكن التواصل معها عبر الشبكة، إلا أن هذا لم يجعل من قضايا التحكيم التي تتولاها هذه المراكز قضايا تحكيم الكتروني، ولم يفرض تطبيق قواعد التحكيم الالكتروني بدلا من قواعد التحكيم التقليدي. وأكثر من ذلك تتيح بعض مراكز التحكيم عقد جلسات تحكيم الكترونية. من ذلك مثلا نظام (Net Case) وهو برنامج تستخدمه غرفة التجارة الدولية في باريس يتيح لأطراف التحكيم الذي يجري وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية (ICC) أن يتواصلوا فيما بينهم عبر الانترنت في مجال آمن خاص بهم، بحيث تكون المعلومات المتبادلة مشفرة ولا يمكن قراءتها أثناء عملية إرسالها، كما أن هذا النظام يساعد على تنظيم الملفات بحيث يوجد ارشيف لكل قضية على حدة.



وفضلا عن ذلك يتيح هذا النظام لأطراف النزاع الحصول على معلومات حول إجراءات النزاع على مدار الساعة (١٠). وعلى الرغم من كل ذلك فأن التحكيم الذي يتم باستخدام نظام (Net Case) يبقى تحكيما تقليديا وليس الكترونيا. وتسري عليه تبعا لذلك قواعد التحكيم التقليدي. ذلك أن استخدام نظام (Net Case) لا يغني عن وجود جلسات التحكيم المادية التقليدية واتباع الإجراءات التقليدية، وهو ما ينفي عده تحكيما الكترونيا.

المطلب الثاني

مزايا التحكيم الالكتروني ومساوئه

يستمد التحكيم الالكتروني أهميته من المزايا التي يحققها كأسلوب لفض المنازعات ولاسيما تلك الناشئة عن التجارة الالكترونية. ومن هذه المزايا ما يشترك فيه التحكيم الالكتروني مع التحكيم التقليدي، ومنها ما تعد مزايا ينفرد بها التحكيم الالكتروني وهي مزايا ترد في غالب الأحوال إلى الوسيلة الالكترونية التي يتم التحكيم الالكتروني عبرها. إلا أن للتحكيم الالكتروني في الوقت ذاته مساوئاً أيضاً. وهذه المساوئ ترد كما هو حال المزايا إلى الوسط الالكتروني الذي يتم خلاله التحكيم الالكتروني. وهذا ما نبينه في الفرعين الآتيين.

---

(١٠) انظر د. نايلة قمير عبيد، مصدر سابق، ص ٥-٦.



الفرع الأول

مزايا التحكيم الالكتروني

يتمتع التحكيم التقليدي باعتباره وسيلة من وسائل فض المنازعات بالعديد من المزايا عند موازنته بالقضاء باعتباره الطريق المعتاد لفض المنازعات.

والتحكيم الالكتروني، باعتباره تحكيماً، يتمتع بمزايا التحكيم التقليدي ذاها،بل أن منها ما يبدو بشكل أكثر وضوحاً عند تعلق الأمر بالتحكيم الالكتروني، فضلا عن أنه يضيف إليها مزايا أخرى. ولعل من أهم مزايا التحكيم الالكتروني ما يأتي:

أولاً: السرعة في حسم النزاع:

تعد السرعة في حسم النزاع احد أهم المزايا التي يحققها اللجوء إلى التحكيم بديلاً عن القضاء. فإجراءات التقاضي طويلة معقدة، تكثر فيها القيود الشكلية والزمنية التي يفرضها سير الخصومة ومنها تعدد إجراءات التقاضي. في حين أن التحكيم يمكن أن يتم بإجراءات سريعة مبسطة يتفق عليها، كما أن الحكم الذي يصدده المحكم يكون حكما نهائياً قابلاً للتنفيذ دون المرور بدرجات التقاضي المتعددة. ومما لاشك فيه أن السرعة التي يحققها التحكيم في فض المنازعات الناشئة عن التعامل التجاري تعد أمراً لا يستهان فيه ودافعاً لاختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع. إذ أن التعامل التجاري يتميز بالسرعة في إبرامه وتنفيذه مثلما يتميز بالاستمرار والتكرار بين المتعاملين. وهكذا فإن اللجوء إلى التحكيم يتلاءم مع ما يتطلبه التعامل التجاري من سرعة في حسم النزاع.[١١]

---

(١١) انظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، صـــ١٦ .
وانظر أيضا: د.فوزي محمد سامي، مصدر سابق، صـــ٢٠ .

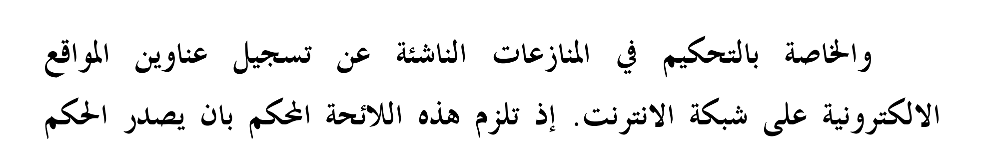


ولعل هذه الميزة تبدو في أوضح صورة عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الالكتروني. فالوسيلة الالكترونية التي يتم من خلالها توفر الوقت في جميع المراحل التي يتم بها التحكيم. فاتفاق التحكيم إنما هو اتفاق الكتروني وفي إطار عقد الكتروني، ومعروف عن هذا الأخير تميزه بالسرعة في إبرامه، حتى أن بعضاً من الفقه يطلق على مثل هذا النوع من العقود عقود "النقر" click on canract إشارة إلى الضغط على فأرة التشغيل، إذ يكون الضغط عليها كافيا للتعبير عن الإرادة وإبرام العقد[١٢]. فإذا أراد احد الطرفين تحريك التحكيم بعد أن ينشب نزاع بينه وبين الطرف الآخر فان ذلك لا يتطلب منه أكثر من ملء استمارة الكترونية دون أن يقتضي الأمر منه الانتقال إلى المكان الذي يوجد به المحكم. وبذات السهولة يمكن أن تجري إجراءات التحكيم اعتمادا على ما توفره الانترنت من خدمة الاتصال السريع. فيمكن تبادل المستندات عبر الانترنت مباشرة كما يمكن عقد جلسات التحكيم من خلال الانترنت أيضاً كأن يتم الأمر باستخدام برنامج الرسول (Messenger) أو المؤتمر عن بعد (teleconference)[١٣]. وبناء على ماتوفره الانترنت من إمكانية الفصل السريع للنزاع لو أن التحكيم تم عبرها، فان بعضاً من لوائح التحكيم الالكتروني تصنع للمحكم سقفاً زمنياً يحسم النزاع خلاله. كما هو الحال في لائحة حل النزاعات الموحدة " Uniform Dispute Resolution policy" الصادرة عن مؤسسة الانترنت للأسماء والأرقام المخصصة

(The Internet Corporation to Assigned Names and Numbers (ICANN

(١٢) انظر : د.محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، القاهرة: بدون دار نشر، ٢٠٠٢، صـ١٧-١٨ >

(١٣) د. مصلح أحمد الطراونة، د. نور حمد الحجايا، مصدر سابق، ص: ٢١٣-٢١٤. وانظر أيضاً د. سامي عبدالباقي أبو صالح، مصدر سابق، ص: ٣٧-٣٩ .



والخاصة بالتحكيم في المنازعات الناشئة عن تسجيل عناوين المواقع الالكترونية على شبكة الانترنت. إذ تلزم هذه اللائحة المحكم بان يصدر الحكم خلال ٦٠ يوماً من تاريخ تقديم طلب التحكيم(١٤).

ثانياً: التقليل من النفقات:

أن استخدام الوسيلة الالكترونية في التحكيم الالكتروني ابتداء وانتهاء يؤدي إلى التقليل من نفقات التحكيم مثلما يؤدي إلى السرعة في الفصل في النزاع.

والتقليل من نفقات التحكيم الالكتروني يرد سببه إلى الوسيلة الالكترونية التي يتم عبرها لأكثر من وجه. فالتحكيم الالكتروني لا يتطلب انتقال أطراف التحكيم إلى مكان معين تقيد فيه جلسات التحكيم، كذلك الحال بالنسبة للشهود. فإجراءات التحكيم ونظراً لكونها تتم عبر الانترنت لا تستلزم الحضور المادي لأطراف النزاع. وهذا ما يوفر نفقات الانتقال إلى مكان التحكيم. من جانب ثان فإن ما يوفره الانترنت من خدمه الاتصال التي يتم من خلالها تبادل المستندات والمذكرات الخاصة بالنزاع الكترونياً وبصورة مباشرة يوفر نفقات إرسال تلك المستندات بالوسائل التقليدية. ولا يقتصر الأمر على هذين الجانبين بل يتعداهما إلى جانب ثالث. فالمحكم الذي يتولى الفصل في النزاع في التحكيم الالكتروني شخص تتوافر فيه الخبرة الفنية والعملية في منازعات التجارة الالكترونية على وجه الخصوص، وهذا ما يقلل من النفقات اللازمة للاستعانة بالخبراء المختصين في موضوع النزاع(١٥).

---

(١٤) انظر : د. سامي عبدالباقي أبو صالح، مصدر سابق، ص: ٣٩ .
(١٥) انظر محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦، ص: ٩٣. انظر أيضاً د. سامي عبدالباقي ابو صالح، مصدر سابق، ص: ٣٦



وتعد هذه الميزة أساسية في التحكيم الالكتروني، ودافعاً مباشراً للجوء إليه في منازعات التجارة الالكترونية. ذلك أن الكثير من عقود التجارة الالكترونية هي عقود قليلة القيمة، فأغلب المعاملات التي تتم عبر الشبكة هي معاملات مع المستهلك وذات قيم مالية بسيطة. وإذا أثير نزاع بشأنها فلا يعد من الملائم اللجوء إلى القضاء لحسمه أو اللجوء إلى التحكيم التقليدي لهذا لغرض، لان نفقات التقاضي أو نفقات التحكيم التقليدي ستفوق حينها قيمة النزاع(١٦).

ثالثاً: تجاوز مشكلة الاختصاص القضائي وتنازع القوانين:

تعد عقود التجارة الالكترونية – وفقاً للرأي الراجح في الفقه(١٧)– عقوداً دولية. فالانترنت شبكة مفتوحة عالمياً ولها إقليمها الخاص بها الذي لا يعبأ بالحدود الجغرافية، لذلك يصعب توطين العلاقات القانونية التي تجري في إطارها. فلم يعد يوجد على شبكة الانترنت عقد دولي وعقد داخلي لان مثل هذه التفرقة يصعب تطبيقها، فمن المتصور مثلاً أن يحمل شخص حاسوبه الشخصي ويتفاوض على إبرام العقد ويبرمه وهو ينتقل من دولة إلى أخرى، أو يبرمه وهو موجود في مكان لا يخضع لسيطرة دولة ما مثل أعالي البحار والمحيطات. ومن المتصور أيضاً أن يبرم العقد بين طرفين يوجدان في دولتين مختلفتين تخضع كل منهما لنظام قانوني مختلف عن النظام الذي تخضع له الأخرى. فإذا نشب نزاع بين الطرفين فإنه يثير حتماً مشكلة المحكمة المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب التطبيق عليه. ولعل مما يزيد هذه المشكلة تعقيداً عدم وجود قواعد موضوعية موحدة تلتزم فيها الدول في مجال التجارة الالكترونية، كما لا توجد قواعد موحدة تحدد الاختصاص القضائي وبما

(١٦) انظر: د. مصلح أحمد الطراونة ود. نور حمد الحجايا، مصدر سابق، ص: ٢١٤.
(١٧) انظر : د. صالح المترلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص: ٣٧ .

يتلاءم مع الطبيعة الخاصة للتجارة الالكترونية. وهذا معناه أن النزاع سيرفع إلى المحاكم الوطنية لأحد الطرفين، وهذه المحاكم سترجع إلى قواعد الإسناد في القانون الداخلي من اجل تحديد القواعد الموضوعية التي يتعين تطبيقها على النزاع باعتباره نزاعاً مشوباً بعنصر أجنبي. ويشكل هذا تحدياً قانونياً للمتعاملين عبر الانترنت لأنه قد يؤدي إلى تطبيق قانون لا يعرف عنه أحد الطرفين أو كلاهما شيئاً. وقد يلجأ الطرفان تفادياً لهذه النتيجة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاع. إلا أن هذا الاتفاق لا يقدم دائماً حلاً ناجعاً. فقد لا تعترف المحاكم الوطنية في بعض الدول بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق أو اختيار المحكمة المختصة بنظر النزاع. إلا أن الأمر يكون على خلاف ذلك فيما لو اتفق الأطراف على اعتماد التحكيم وسيلة لفض نزاعهم. فالمحاكم الوطنية تقر مثل هذا الاتفاق تطبيقاً للاتفاقيات الدولية ولا سيما اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٥٨، وكذلك قوانين التحكيم الداخلية.

من هنا تبدو أهمية التحكيم الالكتروني، إذ يكون اللجوء إليه أمراً مجدياً لحل مشكلة تنازع القوانين، فالمحكم يمكنه أن يطبق القانون الذي يتم الاتفاق على تطبيقه، وليس ملزماً– خلافاً للقاضي– بتطبيق قواعد تنازع القوانين الوطنية[١٨].

يتضح مما تقدم أن للتحكيم الالكتروني مزايا على قدر كبير من الأهمية، إلا أن هذا لا يعني انه خلو من المساوئ، ومساوئه تتضح في الفرع الأتي.

(١٨) انظر: د. مصلح أحمد الطراونة، ود. نور حمد الحجايا، مصدر سابق، ص: ٢١٦-٢١٧. وانظر أيضاً: د. سامي عبدالباقي أبو صالح، مصدر سابق، ص: ٤٢-٤٣ .



الفرع الثاني

مساوئ التحكيم الالكتروني

بينا فيما سبق أن للتحكيم الالكتروني مزايا لا يستهان بها وان اغلب هذه المزايا يرد إلى الطبيعة الخاصة للوسط الالكتروني الذي يتم عبره، إلا أن للتحكيم الالكتروني في الوقت ذاته مساوئ معينة، ومساوئه – كما هو حال مزاياه – ترد إلى طبيعة الوسط الذي يجري فيه هذا التحكيم. ولعل من أهم مساوئه ما يأتي:

أولاً: الخشية من عدم سرية التحكيم:

يعد الحفاظ على سرية النزاع والفصل فيه واحدا من الدوافع المهمة للجوء إلى التحكيم دون القضاء، ولا سيما فيما يتعلق بالمنازعات التجارية. إذ يحرص التجار والمشروعات التجارية على الحفاظ على ما يخصهم من أسرار تجارية خشية استغلالها من قبل المشروعات المنافسة لها. وحيث أن إجراءات التحكيم يمكن أن تكون سرية فتقتصر جلساته على أطراف النزاع دون غيرهم، خلافا للقضاء الذي تكون فيه الجلسات علنية بحسب الأصل، فأن التحكيم يفضل في هذه الناحية على القضاء.

وإذا كان الأمر يصدق على التحكيم التقليدي، فأن التحكيم الالكتروني قد لا يحقق السرية المبتغاة بذات النسبة التي يحققها التحكيم التقليدي. ويعود السبب في ذلك إلى أن إجراءات التحكيم الالكتروني تتم عبر الانترنت. وهذا الوسط قد يشكل تهديدا لسرية التحكيم من أكثر من جانب. فإجراءات التحكيم تقتضي – رغبة في الحفاظ على السرية – أن يكون لكل طرف رقما سريا يتيح له وحده الدخول إلى الموقع الخاص بالقضية التي يجري التحكيم فيها. فيلتقي بالمحكم أو بالطرف الآخر ويتمكن من الحصول على الوثائق والمستندات المتعلقة بالنزاع. إلا أن

حصول أطراف النزاع على الأرقام السرية يتطلب تدخل أشخاص آخرين لا علاقة لهم بالنزاع لتيسير حصولهم على الأرقام السرية و هؤلاء الأشخاص هم بطبيعة الحال من المختصين فنيا بهذا الشأن. وهذا ما يعني عملا أن معرفة الأرقام السرية لم تعد قاصرة على أطراف النزاع وحدهم وهو ما قد يشكل تهديدا لسرية التحكيم[١٩].

هذا من جانب، من جانب ثان تواجه الانترنت والمعلومات المتاحة عليها بشكل عام خطر الاختراق ممن يطلق عليهم القراصنة (Hackers) والمخربين (Crackers)، وهم أشخاص يجوبون الانترنت ويعترضون المعلومات السرية، وقد لا يكون لهم من هدف من هذا إلا التعرف على خصوصيات الآخرين إشباعا للفضول، مثلما يمكن أن يكون هدفهم اخطر من ذلك كأن يتمثل بسلب أموال الغير بإجراء تحويل غير مشروع للأموال بعد التعرف على أرقام بطاقات الائتمان السرية، فإذا كانت هذه المعلومات خاصة بنزاع معروض على تحكيم الكتروني فأن اختراقها يشكل بلا شك تهديدا لسرية التحكيم وأسرار التجارة التي تعرض في اطار التحكيم[٢٠].

وعلى الرغم من أن عدم ضمان السرية بشكل كامل يشكل تهديدا حقيقيا للتحكيم الالكتروني ودوره في كأسلوب لحل المنازعات، فأن من الممكن تلافي هذه المثلبة بجانبيها. فتدخل أشخاص من أهل الخبرة لإعداد الأرقام السرية يمكن أن يصحبه تضمين العقد معهم شرطا بالمحافظة على السرية. فيتعهد هؤلاء بموجب التزام عقدي بعدم إساءة استعمال الأرقام السرية التي يعدها وعدم نشر أي معلومات

---

(١٩) انظر : سامي عبد الباقي ابو صالح، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٢٠) انظر : محمد ابراهيم ابو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت، عمان : الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢، ص ٦٦.



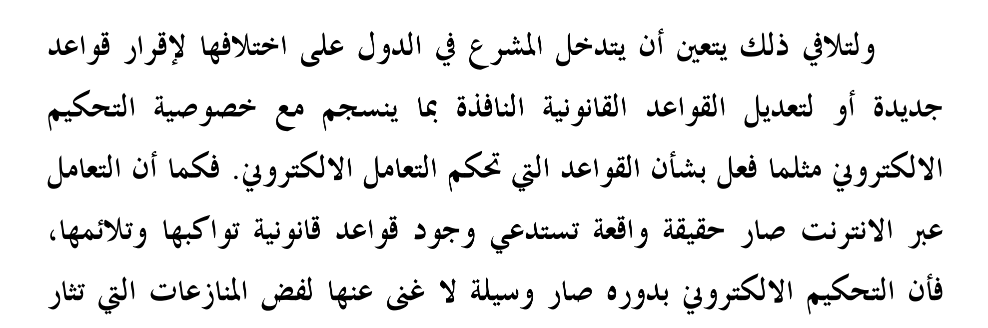
يكون قد حصل عليها بسبب تدخله في عملية التحكيم باعتباره شخصا فنيا (٢١).
أما الجانب الثاني المتعلق باختراق المعلومات من القراصنة والمخربين فيمكن تلافيه أيضاً باتخاذ إجراءات تشفير البيانات المتعلقة بالتحكيم وتزويد المواقع التي تضم هذه البيانات ببرامج تحصنها من الاختراق والتجسس.

ثانيا: عدم ملائمة التشريعات الداخلية للتحكيم الالكتروني:

أن التعامل التجاري قام منذ نشأته على أساس مادي ملموس. بدءا بالإعلان ثم إبرام العقد بتبادل إرادتين متطابقتين وصولا إلى تنفيذه بالتسليم المادي لمحل العقد والوفاء النقدي للثمن أو باستخدام أدوات وفاء بديلة وهي مادية بدورها مثل الأوراق التجارية. وقد وضعت القواعد القانونية واستقرت لتحكم تعاملا تجاريا ماديا. يستوي في ذلك تلك القواعد التي تحكم التعامل التجاري بذاته إبراماً وتنفيذاً، أو تلك المتعلقة بالتراع الذي يثار بشأنه وكيفية فضه. فالقوانين التي تنظم التحكيم كأسلوب لفض المنازعات تشترط شكلية معينة لإبرام اتفاق التحكيم وشكلية معينة لإصدار قرار التحكيم وشروط معينة لتنفيذ حكم التحكيم. وقد يكون من المتعذر استيفاء التحكيم الالكتروني لكل ما تتطلبه تلك القواعد من شكليات وشروط، كونها قواعد وضعت أصلاً لتنظم تحكيما تقليديا يتم بوسائل وإجراءات تقليدية. وفي هذه الحالة لن يكون التحكيم الالكتروني مجديا فعدم استيفائه الشروط والشكليات القانونية اللازمة يؤدي إلى عدم إمكانية تنفيذ حكم المحكم (٢٢).

---

(٢١) انظر : لائحة مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية لحماية الملكية الفكرية (WIPO)).
(٢٢) انظر : محمد ابو الهيجاء، مصدر سابق، ص ٦٨.



ولتلافي ذلك يتعين أن يتدخل المشرع في الدول على اختلافها لإقرار قواعد جديدة أو لتعديل القواعد القانونية النافذة بما ينسجم مع خصوصية التحكيم الالكتروني مثلما فعل بشأن القواعد التي تحكم التعامل الالكتروني. فكما أن التعامل عبر الانترنت صار حقيقة واقعة تستدعي وجود قواعد قانونية تواكبها وتلائمها، فأن التحكيم الالكتروني بدوره صار وسيلة لا غنى عنها لفض المنازعات التي تثار بشأن التعامل عبر الانترنت وهو ما يستدعي وجود قواعد قانونية تنظمه وتلائمه.

المبحث الثاني

مفهوم اتفاق التحكيم الالكتروني وصوره

بينا فيما سبق أن التحكيم الالكتروني شأنه في ذلك شأن التحكيم التقليدي يبدأ باتفاق أطراف النزاع على اللجوء إليه كوسيلة لفض النزاع. فاتفاق التحكيم هو الخطوة الأولى في التحكيم وهو أساس قيامه، وانتفاء هذا الاتفاق معناه انتفاء التحكيم.

إلا أن التحكيم الالكتروني يتميز من التحكيم التقليدي بالطبيعة الخاصة للوسط الذي يتم عبره وهو الوسط الالكتروني. لذا فأن الاتفاق في إطار هذا النوع من التحكيم لا يتم بالصيغة التقليدية لاتفاق التحكيم. فهو في الواقع اتفاق الكتروني. ومثل هذا الأمر قد يثير تساؤلات قانونية عدة من حيث مدى إمكانية تطبيق القواعد القانونية الخاصة باتفاق التحكيم بصيغته التقليدية على اتفاق التحكيم الالكتروني وبالتالي مدى صحة هذا الاتفاق وقوة إلزامه لأطرافه.



وتعد الإجابة على هذه التساؤلات أمراً في غاية الأهمية. فالعقابات القانونية التي تقف أمام الاعتراف باتفاق التحكيم الالكتروني تؤدي إلى نتيجة حتمية هي العزوف عن اللجوء إلى التحكيم الالكتروني، طالما أن الاتفاق عليه ليس له قوة ملزمة لأطرافه ويمكن لأي منهما أن يمتنع عن تطبيقه دون أن يكون للطرف الآخر غطاء قانونيا يمكنه من إجبار الممتنع عن تنفيذ اتفاقهما. فهذا الاتفاق لا وجود له في نظر القانون.

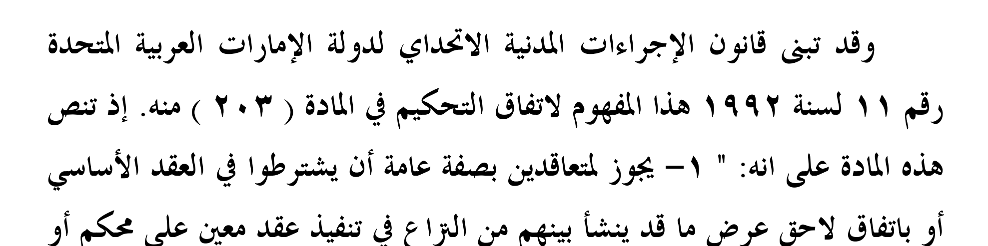
وحيث أن للتحكيم الالكتروني مزايا عدة تجعله من بين أفضل الوسائل لحل المنازعات التي تثار في إطار عقود التجارة الالكترونية، وحيث أن هذه الأخيرة باتت واقعا ملموسا وتسبتها تزداد باضطراد، فأن من الضروري تشخيص العقبات القانونية التي يثيرها اتفاق التحكيم الالكتروني ومحاولة إيجاد الحلول القانونية لتخطيها. وفي ضوء ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة على النحو الآتي.

المطلب الأول

مفهوم اتفاق التحكيم الالكتروني

يعرف التحكيم الالكتروني بصورة عامة بأنه: " اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل " [٢٣].

(٢٣) انظر " المادة (٧ / ف ١) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدوي (UNCITRAL).



وقد تبنى قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ هذا المفهوم لاتفاق التحكيم في المادة (٢٠٣) منه. إذ تنص هذه المادة على انه: " ١- يجوز لمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة. ".

أو يخرج التعريف الذي أورده مشروع قانون التحكيم في المنازعات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة عن هذا الإطار. إذ تعرف المادة الأولى من المشروع اتفاق التحكيم بأنه: " اتفاق أطراف التحكيم بإرادتهم الحرة على إحالة نزاعهم للتحكيم ".

أن النصوص المتقدمة بجملتها تتناول بالتحديد مفهوم اتفاق التحكيم على النحو الذي تتضح معه ماهيته. كما أنها تحدد في ذات الوقت الصور التي يمكن أن يتم بها هذا الاتفاق.

فاتفاق التحكيم التجاري هو اتفاق يدخل في إطار القانون الخاص يهدف إلى إحداث اثر قانوني معين يتمثل بإنشاء التزام عل عاتق أطرافه بإحالة النزاع الذي يثار بينهما إلى التحكيم والتنازل عن حقهما باللجوء إلى القضاء. وهو بهذا المفهوم لا يخرج عن كونه عقدا. وبذلك تتحدد طبيعته القانونية. فهو في الواقع تصرف قانوني يصدر عن إرادتين أو أكثر. ولا يمكن عده عملا إجرائياً على الرغم من انه يعد الخطوة الأولى في طرح النزاع على التحكيم وبالتالي الفصل فيه من قبل المحكم أو المحكمين الذين يتم اختيارهم. والسند في ذلك هو أن إبرام هذا الاتفاق يتم قبل بدء



الخصومة فلا يمكن والحال كذلك اعتباره عنصرا من عناصرها بالشكل الذي يأخذ معه طبيعة أعمال الخصومة وهي أنها بمجملها أعمالا إجرائية (٢٤).

ويترتب على تكييف اتفاق التحكيم على انه تصرف قانوني لا عمل اجرائي سريان الأحكام التي تسري على التصرفات القانونية عليه وليس تلك التي تسري على الأعمال الإجرائية.

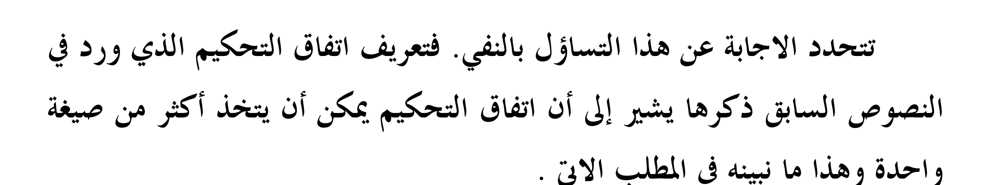
ولا تختلف طبيعة اتفاق التحكيم الالكتروني في هذه الناحية عن طبيعة اتفاق التحكيم بصورة عامة. فاتفاق التحكيم الالكتروني يعد بدوره تصرفا قانونيا من جانبين. إلا أن ما يميزه هو انه يبرم عبر وسيلة الكترونية. فهو والحال كذلك يعد عقدا الكترونيا.

إلا أن اتفاق التحكيم – تقليديا كان أو الكترونيا – وان كان تصرفا قانونيا وعقدا مستقلا عن خصومة التحكيم، إلا أن هذا لا يعني نفي أي رابطة بينهما. فالخصومة وهي تعني إجراءات التحكيم لا تتحرك إلا إذا تم طرح النزاع على التحكيم بموجب اتفاق التحكيم. وهذا ما يعني بدوره أن اتفاق التحكيم مرتبط بعلاقة قانونية أخرى تسبقه أو تعاصره في الوجود. ووجود اتفاق التحكيم يراد منه تحديد الوسيلة التي يفض بها النزاع الذي يثار في اطار هذه العلاقة القانونية.

والتساؤل الذي يثار بهذا الصدد هو هل أن من اللازم قانونا – في ضوء هذا الارتباط بين اتفاق التحكيم والعلاقة القانونية القائمة بين طرفيه– أن يرد اتفاق التحكيم في اطار هذه العلاقة القانونية ؟ فإذا كانت هذه الاخيرة مثلا عقدا يربط بين الطرفين فهل أن اتفاق التحكيم ينبغي أن يكون بندا واردا في ذات العقد؟

---

(٢٤) انظر : د. احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، القاهرة : دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٥٦.



تتحدد الاجابة عن هذا التساؤل بالنفي. فتعريف اتفاق التحكيم الذي ورد في النصوص السابق ذكرها يشير إلى أن اتفاق التحكيم يمكن أن يتخذ أكثر من صيغة واحدة وهذا ما نبينه في المطلب الاتي .

المطلب الثاني

صور اتفاق التحكيم الالكتروني

لا يشترط قانونا أن لا يخرج اتفاق التحكيم عن اطار العلاقة القانونية بين الطرفين وان يكون بالضرورة معاصرا لها. فاتفاق التحكيم يمكن أن يتخذ واحدة من الصور الآتية [٢٥]:

اولا: شرط التحكيم:

وفي هذه الصورة يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع. فلا ينتظر أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع بينهما لتحديد الوسيلة التي يعتمدانها لحله، بل يتخذان القرار بشكل مسبق، فيتفقان على اخضاع النزاع الذي قد ينشأ بينهما مستقبلا بسبب تلك العلاقة إلى التحكيم. ولا يشترط أن يدرج اتفاق التحكيم كبند في العقد الذي يبرم بين الطرفين. إذ يمكن أن يكون كذلك فيتفق عليه الأطراف ابتداء وعند ابرامهم العقد الاصلي مصدر العلاقة القانونية بينهما فيأتي

---

(٢٥) انظر : د. حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج ١، بيروت – لبنان : منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٩٠ ومابعدها.
د. عبد الحميد المنشاوي، مصدر سابق، ص ٣٣ وما بعدها.
د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، القاهرة : دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ١٧١.
د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، الاسكندرية : منشأة المعارف، بدون سنة نشر، ص ١١٢.
د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الاسكندرية : منشأة المعارف، ١٩٩٧، ص ٩٢-٩٣.



بشكل بند في العقد. وقد يتفقان عليه لاحقا. فيأتي اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد. فالعبرة في هذه الصورة من صور اتفاق التحكيم هي أن يتم الاتفاق على التحكيم قبل قيام النزاع و وفيما عدا ذلك يستوي أن يأتي اتفاق التحكيم كبند في العقد نفسه أو يأتي مستقلا عنه.

ثانيا: مشارطة التحكيم:

يتخذ اتفاق التحكيم إذا تم الاتفاق بين الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع نشأ بينهما فعلا. فاتفاق التحكيم في هذه الحالة يكون تاليا لقيام النزاع. وهذا ما يعني أن اتفاق التحكيم في هذه الصورة يكون اتفاق لاحقا ومستقلا عن العقد الاصلي بين الطرفين.

ويلحق بمشارطة التحكيم، الاتفاق على التحكيم امام المحكمة. ففي هذا الفرض كما هو الحال في المشارطة يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع وعرضه على القضاء ولكن قبل الفصل فيه. ومثل هذا الاتفاق يدون في محضر المحكمة وتدوينه هذا يقوم مقام وثيقة التحكيم.

ثالثا: التحكيم بالاحالة:

بموجب هذه الصورة من اتفاق التحكيم يشير طرفاه في العقد الاصلي إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم بقصد تطبيق احكام هذه الوثيقة على العلاقة بين الطرفين وذلك باعتبارها جزءا من العقد. وغالبا ما يكون هناك ارتباط بين العقد الذي يتضمن الاحالة والوثيقة التي تتضمن شرط التحكيم وتتم الاحالة اليها. كأن تكون هذه الوثيقة عبارة عن عقد نموذجي فيشير الأطراف إلى الاحالة إليه عند ابرامهم العقد.

أن الصور الثلاث المتقدمة هي الصور التي يمكن أن يتخذها التحكيم التقليدي والتي ورد النص عليها في قوانين التحكيم التي وضعت في الأصل لتنظم احكام التحكيم التقليدي. وهي في مجملها تشير إلى عقد اصلي يمثل العلاقة القانونية التي تربط بين الطرفين والتي قد تكون سابقة أو معاصرة لاتفاق التحكيم مثلما تشير إلى اتفاق التحكيم أما بكونه بندا في هذا العقد أو عقدا مستقلا قائما بذاته أو بندا في وثيقة تتم الاحالة اليها في العقد الاصلي. وهذه الاشارات كلها تتعلق بوثائق مادية تعرف بدايتها مثلما تعرف لها نهاية. فإذا ورد اتفاق التحكيم كبند في العقد الاصلي فأنه سيظهر كذلك بشكل لا يقبل الشك. وإذا اتخذ صيغة اتفاق مستقل فأنه حينها سيكون وثيقة مستقلة عنوانها اتفاق التحكيم ولا خلاف في انه اتفاق على حل النزاع الذي نشب أو يحتمل أن ينشب بشأن العقد المشار إليه في الاتفاق. ولا يختلف الحال بشأن اتفاق التحكيم بالاحالة. فكلا من الوثيقتين التي تتضمن الاحالة والمحال اليها تتصف بكونها وثائق مادية وصلة احداهما بالاخرى لا تقبل خلافا، لا سيما وان قوانين التحكيم تشترط أن تكون الاحالة لشرط التحكيم واضحة[٢٦].

فإذا كان اتفاق التحكيم الكترونيا فأن كل الوثائق المشار اليها فيما سبق ستكون حينها وثائق الكترونية. وهذه الوثائق ستكون عبارة عن صفحات في وثائق الكترونية على الانترنت. فالتحكيم الالكتروني كما سبق أن بينا هو تحكيم يتم ابتداء وانتهاء عبر الانترنت وكل الوثائق والمستندات الخاصة به بدءا من اتفاق

(٢٦) انظر على سبيل المثال نص المادة (١٠ / ف ٣) من قانون التحكيم المصري التي تقضي بأنـــه : " ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل احالة ترد في العقد الى الى وثيقة تتضمن شرط تحكـــيم اذا كانـــت الاحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد ".
وانظر ايضا : المادة (١١ / ف٢) من مشروع قانون التحكيم لدولة الإمارات العربية المتحدة الـــتي تنص على انه : " تعتبر الاشارة في أي عقد الى شرط للتحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة ان يكـــون العقد مكتوبا وان تكون الاشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد.".



التحكيم وانتهاء بحكم التحكيم هي وثائق الكترونية ولا يمكن أن تكون إلا كذلك لتستجيب لطبيعة الوسط الذي يجري التحكيم عبره. ولا مشكلة في الأمر لو أن الوثائق الالكترونية كالعقد الاصلي أو اتفاق التحكيم أو الوثيقة التي تتم الاحالة اليها تظهر كاملة في صفحة الكترونية واحدة من صفحات الانترنت أو أنها تظهر على التعاقب. إلا أن الأمر لا يجري تنظيمه كذلك على الانترنت. فصفحة الموقع الواحدة تتضمن العديد من الملفات التي تترك حرية الدخول اليها إلى زائر الموقع عبر الضغط على الرابط الخاص بها. فإذا كان شرط التحكيم واردا في احد الملفات المستقلة المتاحة على صفحة الموقع فهل يعد هذا كافيا للقول بوجود اتفاق الطرفين بحصول الموافقة عليه منهما معا ولا سيما من الطرف الذي يدخل إلى الموقع ويبرم العقد مع التاجر الذي وضع الشرط؟

يذهب الفقه [٢٧] إلى أن ورود شرط التحكيم الالكتروني في ملف مستقل يعد مقبولا قانونا، ويمكن تأسيس ذلك على امكانية عد هذا الأمر اتفاق تحكيم بالاحالة. فالملف المستقل لشرط التحكيم يمكن أن يعد الوثيقة التي تتم الاحالة اليها. فلا يخرج اتفاق التحكيم في هذه الحالة عن الصور الثلاث لاتفاق التحكيم التقليدي التي اعتمدتها نصوص قوانين التحكيم ونصت عليها. إلا أن عد شرط التحكيم في مثل هذا الفرض اتفاق تحكيم بالاحالة يتطلب للقول به توافر امرين:

اولهما أن يتضمن العقد الأصلي – وهو بدوره عقد الكتروني – اشارة إلى شرط التحكيم الموجود في ملف مستقل يضمه احد الزوابط في صفحة الموقع. وبذلك يتحقق ما تشترطه القوانين في اتفاق التحكيم بالاحالة من وجوب أن تكون

---

(27) Dispute Settelement, International commercial arbitration, United Nations Conference on trade and development، United Nations, NewYork and Geneva, 2003, available at: http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf

الاحالة واضحة. فإذا قبل المتعاقد ابرام العقد الاصلي فان هذا يعد قبولا ضمنيا لشرط التحكيم طالما كان عالما به. ولا يشترط بعد ذلك أن يكون المتعاقد المذكور قد قرأ شرط التحكيم بقيامه بفتح الرابط الخاص به. إذ يكفي أن يعلم بالاحالة إليه واعتباره جزءا من العقد.

ثانيهما: أن يكون الوصول الفعلي إلى الملف الذي يتضمن شرط التحكيم ممكنا. فيكون بالإمكان فتح الرابط الخاص به وقراءة المعلومات الواردة به والتي تتضمن الاتفاق على احالة النزاع إلى التحكيم. وكما في الشرط السابق يكفي أن يكون الوصول إلى المعلومات المذكورة ممكنا دون اشتراط أن يكون المتعاقد قد قام بفتح الرابط فعلا وقراءتها. ذلك ن المتعاقد الذي لم يقم بالاطلاع على المعلومات على الرغم من كونها متاحة ويسهل الوصول اليها يعد مقصرا ولا يستطيع أن يحتج بجهله بها. ولا يكفي للقول بأن المعلومات المتعلقة بشرط التحكيم متاحة أن يكون بالإمكان الاطلاع عليها مرة واحدة. بل ينبغي أن تكون قابلة لاسترجاعها وخزنها [٢٨]. فإذا لم تكن كذلك بأن لم يكن الاطلاع عليها ممكنا كما لو كان الشرط مكتوبا بلغة غير معرفة لكل اجهزة الحاسب الالكتروني أو لم يكن بالإمكان خزنها أو استرجاعها فأن مثل هذا الشرط لا يمكن الاحتجاج به على المتعاقد[٢٩].

(٢٨) يعد هذا تطبيقا لما يشترط في العقود الالكترونية بشكل عام من وجوب ان تكون بنودها وشروطها العامة متاحة بالشكل الذي يمكن معه خزنها واسترجاعها.
انظر: المادة (١٠ / ف ٣) من توجيه التجارة الالكترونية الصادر عن الاتحاد الاوربي.

(٢٩) Dispute Settelment, Op. Cit.

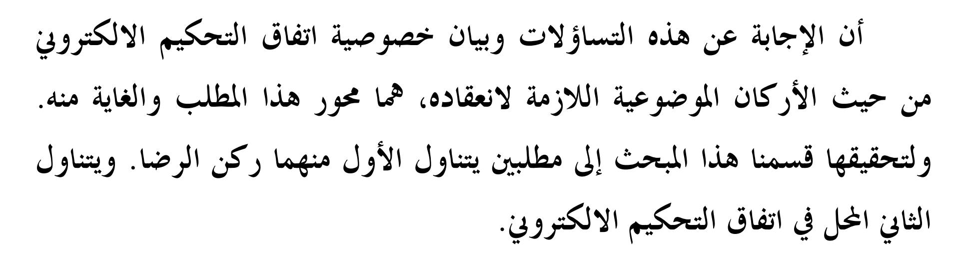


المبحث الثالث

الشروط الموضوعية لانعقاد اتفاق التحكيم الالكتروني

يعد اتفاق التحكيم الالكتروني – على النحو الموضح في المطلب السابق– تصرفا قانونيا من جانبين. فهو لا يخرج عن كونه عقدا من العقود. وان كان يرتبط ارتباطا واقعيا بعقد يسبقه أو يعاصره، تأسيسا على أن اتفاق التحكيم يهدف إلى تحديد الوسيلة التي تفض بها النزاعات التي تثار بشأن عقد معين لا يأتي اتفاق التحكيم – من الناحية الواقعية – مستقلا في وجوده.

وبما أن اتفاق التحكيم الالكتروني عقد من العقود لذا فأنه يتطلب لانعقاده ما يتطلبه أي عقد آخر من الشروط. وتتمثل الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده بالأركان الثلاثة التقليدية وهي الرضا والمحل والسبب. إلا أن إبرامه عبر وسيلة الكترونية يضفي خصوصية معينة لا سيما فيما يتعلق بكيفية التعبير عن إرادة الأطراف ومدى اعتداد القانون بهذا التعبير. وإذا كان بالإمكان أن يتم التعبير عن الإرادة الكترونيا فإن الأمر لا يخلو من التساؤل عن كيفية التحقق من توافر الشروط الملزمة لصحة التعبير ولا سيما توافر الأهلية اللازمة لدى الطرفين. ولا يخلو محل اتفاق التحكيم المتمثل بالنزاع المطلوب فضه من إثارة التساؤلات القانونية. فهل أن أي نزاع يثار بشأن عقد الكتروني من عقود التجارة الالكترونية يمكن أن يكون قابلا للخضوع للتحكيم فيكون بذلك محلا في اتفاق التحكيم الالكتروني؟



أن الإجابة عن هذه التساؤلات وبيان خصوصية اتفاق التحكيم الالكتروني من حيث الأركان الموضوعية اللازمة لانعقاده، هما محور هذا المطلب والغاية منه. ولتحقيقها قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين يتناول الأول منهما ركن الرضا. ويتناول الثاني المحل في اتفاق التحكيم الالكتروني.

المطلب الأول

الرضا في اتفاق التحكيم الالكتروني

يقصد بالرضا باعتباره ركنا في العقود بشكل عام توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني. ويقصد بالرضا في اتفاق التحكيم تطبيقاً لذلك توافق ارادتي طرفي النزاع على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع القائم أو المحتمل قيامه في المستقبل.

ولكي يعد ركن الرضا متوافرا في اتفاق التحكيم لابد من أن يكون موجودا أولا وان يكون صحيحا ثانيا. وهذا ما نبينه في الفقرتين الفرعيتين الآتيتين.

أ- وجود الرضا في اتفاق التحكيم:

يتحقق وجود الرضا بشكل عام بالتعبير عن إرادة كل من الطرفين ومن ثم تبادل التعبيرين وتوافقهما. ولما كان إبرام اتفاق التحكيم الالكتروني يتم عبر وسيلة الكترونية تتمثل بشبكة المعلومات (الانترنت) فان هذا معناه أن التعبير عن الإرادة يكون من خلال هذه الوسيلة الالكترونية حيث ينم توجيه الإيجاب من خلالها ويتم كذلك تلقي القبول عبرها. إذ يضمن التاجر موقعه على الانترنت شروط التعاقد ومن ينها شرط التحكيم، فإذا أراد زائر الموقع أن يبرم العقد فأنه يقوم بالضغط على ايقونة تتضمن عبارة تفيد القبول مثل " انا اقبل " أو " اضف إلى السلة " اشارة إلى القبول بالشراء. فإذا كانت هذه الوسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة ونقلها إلى



الطرف الآخر، فأن التساؤل يبقة قائما عن مدى اعتداد القانون بها كوسيلة للتعبير عن الإرادة ، بالشكل الذي تترتب معه الاثار القانونية على التعبير، وأهمها ابرام العقد والزام الطرفين بما ورد فيه.

يتفق الفقه[٣٠] على انه ليس في القواعد العامة ما يحول دون أن يتم التعبير عن الإرادة بالوسيلة الالكترونية يستوي في ذلك أن تكون هذه الوسيلة الانترنت أو سواها. فالقواعد العامة تتيح للتعبير عن الإرادة وسائل عدة. فالتعبير عن الإرادة يمكن أن يكون باللفظ، ويمكن أن يكون بالكتابة أو بالإشارة المعهودة عرفا ولو من غير الأخرس أو المبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي مسلك أخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي [٣١].

لذا فأن قيام زائر الموقع بالضغط على ايقونة معينة بما يفيد الرضا بالتعاقد والموافقة على شروطه الواردة في صفحة الموقع انما يكون من هذا المتعاقد مسلكا لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي.

وعلى الرغم من أن هذا الحكم يستفاد من القواعد العامة، فأن من التشريعات الخاصة بالمعاملات والتجارة الالكترونية ما تنص عليه صراحة، رغبة منها في إزالة أي شك حول تطبيقه. ومن بين هذه التشريعات قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة

---

(٣٠) انظر : د. بشار طلال احمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، بدون ناشر، ٢٠٠٣، ص ٢٩.
انظر ايضا : نضال اسماعيل برهم، احكام عقود التجارة الالكترونية، عمان : دار الثقافة للنشر والتتوزيع، ٢٠٠٥، ص ٣٢.

(٣١) انظر : المادة (١٣٢) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

٢٠٠٦. إذ تقضي المادة ١١ منه بأنه [٣٢]: " ١- لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الالكترونية.

٢- لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد انه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة أو أكثر".

ومع ذلك فأن الضغط على ايقونة تفيد القبول قد لا يعتد به دوما باعتباره تعبيرا عن الإرادة . إذ ينبغي للقول بذلك أن يكون زائر الموقغ قد ضغط على زر القبول بعد أن يكون قد اطلع على شرط التحكيم فضلا عن الشروط الأخرى في العقد. وهذا ما يستوجب أن يتم تصميم الموقع بحيث يتاح لزائره المرور على شروط التعاقد ومن بينها شرط التحكيم قبل الضغط على ايقونة القبول. كما ينبغي أن يربط بشكل واضح بين ايقونة القبول وشروط التعاقد. فإذا وردت ايقونة القبول في مكان بعيد عن شروط التعاقد كما لو أنها وردت في اسفل صفحة الموقع فلا يعد الضغط عليها قبولا لشروط التعاقد ومنها شرط التحكيم وبالتالي لا يلزم المتعاقد بها[٣٣].

هذا من جانب، من جانب اخر ينبغي أن لا يبدأ تنفيذ العقد قبل الضغط على ايقونة القبول. ومثل هذا الفرض يلاحظ بالنسبة للسلع الرقمية كبرامج الحاسب والكتب الالكترونية أو المقطوعات الموسيقية الرقمية التي يتم بيعها عبر الانترنت. إذ

(٣٢) تقابلها المادة (١١) من قانون التجارة الالكترونية النموذجي الصدر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسيترال) سنة ١٩٩٦. وكذلك المادة (١٣) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لامارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢. والمادة ١٣ من قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.

(٣٣) انظر قضية :

Specht V. Netspace communication corp. 2001 WL 755396, 150 F supp.2d 585 S.D.N.Y. July 5, 2001.

مشار اليها في Dispute Settelement, Op.Cit.

يمكن أن يتم تنفيذ العقد وتسليم هذه السلع الرقمية المبيعة الكترونيا عن طريق تحميلها وانزالها على جهاز الحاسب الالكتروني العائد للمشتري. فإذا كان بالإمكان تنفيذ العقد جزءا أو كلا قبل الضغط على ايقونة القبول، فلا يعتد بالضغط عليها، ولا يعد قبولا لشروط العقد أو شرط التحكيم [٣٤].

فإذا توافرت هذه الشروط فأن التعبير عن الإرادة عبر الانترنت الذي يتخذ صيغة الضغط على ايقونة القبول بعد الاطلاع على شرط التحكيم يعتد به. يستوي في ذلك أن يرد شرط التحكيم ضمن الشروط العامة للعقد أو أن يرد بشكل بارز ومتميز عنها. طالما لم يتم اخفاؤه أو ابعاده عن ايقونة القبول[٣٥].

ب– صحة التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الالكتروني:

لا يكفي للقول بتوافر ركن الرضا أن يكون الرضا موجودا، إذ ينبغي فوق ذلك أن يكون صحيحا. وتتحقق صحة الرضا وكما تقضي بذلك القواعد العامة بأن يكون رضا الطرفين خاليا من عيوب الإرادة اولا وان يكون صادرا من ذي أهلية ثانيا، وإذا كان من غير المتصور وفقا للغالب أن يكون العقد مشوبا بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو الغلط أو التغرير، فأن الأمر ليس كذلك فيما يتعلق بالأهلية. ذلك أن التحكيم الالكتروني تديره في الغالب مراكز تحكيم موثوق بها[٣٦].

---

(٣٤) المصدر السابق نفسه.

(٣٥) انظر قضية : United States District Court، Northern District of Illinois, Eastern Division, May 11,2000 WL 631341.
مشار اليها في : Dispute Settelement, Op.Cit

(٣٦) كما في برنامج تحكيم المحكمة الافتراضية (VMAG) الذي كان يديره المركز الأمريكي للأبحاث المعلوماتية National Center for Automated Information Research ومؤسسة قانون الفضاء الالكتروني Cyberspace Law Institute والمؤسسة الامريكية للتحكيم American Arbitration Association .
انظر : د. مصلح احمد الطراونة ود. نور حمد الحجايا، مصدر سابق، ص ٢٢٨.

كما أن خدمة التحكيم الالكتروني تكون متاحة أيضاً في اطار مواقع تجارية [٣٧]. وهذه الأخيرة تحرص على سمعتها التجارية. فلا يتصور والحال كذلك أن يكون اتفاق التحكيم الالكتروني قد ابرم بسبب اكراه وقع من الشركة التي تدير ذلك الموقع التجاري أو تغرير صدر منها.

أما فيما يتعلق بالاهلية لدى طرفي اتفاق التحكيم، فأنه خلافا لما سبق، لا يمكن ضمانه دائما. فالمشرع يتطلب توافر اهلية التصرف في طرفي اتفاق التحكيم [٣٨]، والا فأن حكم التحكيم يكون باطلا [٣٩]. فإذا كان العقد قد ابرم بين تاجر أو شركة تدير موقعا الكترونيا تجاريا على شبكة الانترنت وبن مستهلك، وهذا هو الغالب في عقود التجارة الالكترونية التي تحل منازعاتها عن طريق التحكيم الالكتروني، فان طرفي التحكيم هما التاجر والمستهلك وينبغي أن تتوافر في كل منهما اهلية التصرف في الحق محل النزاع. ولا خلاف في توافر الاهلية بالنسبة للتاجر. إذ أن ممارسته للنشاط التجاري على وجه الاحتراف ووجود قيد له في السجل التجاري في دولته يؤكد تمتعه بالاهلية اللازمة للتصرف في الحقوق التي تترتب على ممارسته لنشاط التجاري. فالتاجر لا يكتسب صفة التاجر ما لم يكن

(٣٧) كما في مركز(Square Trade) وهو مركز يقدم خدمة التفاوض والوساطة لحسم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية بين الشركات والمستهلكين. وهذا المركز معتمد لدى الشركة التي تدير سوق المزاد العلني الشهير عبر الانترنت (ebay) لحل المنازعات الناشئة بينها وبين عملائها.
انظر : المصدر السابق نفسه، ص ٢٢٧.

(٣٨) تنص المادة (٢٠٣ / ف٤) من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة قم ١١ لسنة ١٩٩٢ على انه : "... ولا يصح الاتفاق على التحكيم الا ممن له اهلية التصرف في الحق محل النزاع.".

(٣٩) انظر المادة (٢١٦ / ف١ – ب) من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي.



متمتعا بالاهلية اللازمة لمارسة النشاط التجاري وهي بطبيعة الحال الاهلية الكاملة[٤٠].

وليس من العسير التحقق من توافر الاهلية لدى التاجر صاحب الموقع التجاري.إذ أن هويته تكون معروفة كما انه يلزم في الغالب بأن يقوم بأدراج رقم قيده في السجل التجاري في الصفحة الرئيسية للموقع. وهذا يتيح التأكد من توافر جميع الشروط التي يستلزمها القانون لمارسة النشاط التجاري واكتساب صفة التاجر فيه.

إلا أن الأمر ليس بذات اليسر فيما يتعلق بالمستهلك. فعلى الرغم من أن المستهلك لدى ابرامه عقدا من عقود التجارة الالكترونية يلزم بتقديم معلومات شخصية لتحديد هويته، إلا أن من الصعب التحقق من دقة المعلومات التي يقدمها. فكثيرا ما يعمد زائر الموقع إلى تقديم معلومات غير صحيحة عن هويته لحماية خصوصيته وخشية استعمال هذه المعلومات خلافا لارادته[٤١].بذلك فأن حكم التحكيم الالكتروني يكون معرضا للبطلان إذا تبين أن ما قدمه زائر الموقع من معلومات غير دقيق، وأنه خلافا لما سبق وان دالى به ناقص الاهلية أو ليس له اهلية التصرف في الحق محل النزاع.

---

(٤٠) انظر : المادة (١١) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.

(٤١) تشير الاحصاءات الى ان ما نسبته ٢٧% من زائري المواقع على شبكة الانترنت يعمدون الى تقـديم معلومات خاطئة عن هويتهم الشخصية.

انظر :

Chris Connolly,Electronic Commerce; Legal & Consumer Issues، A paper was presented at the cyber law conference *Business Law Education Centre), Hilton Hotel Sydney, on 1 April 1998*

http://www2.austlii.edu.au/itlaw/articles/Connolly.html

ولتلافي ذلك يضار إلى التحقق من هوية أطراف الاتفاق عن طريق شخص ثالث مهمته التأكيد على أن المتعامل الكترونيا قدم بيانات دقيقة عن هويته الشخصية.. ويطلق على هذا الشخص الثالث مقدم خدمة التصديـــق (Certification Authority). وهو مركو قانوني حديث النشأة نسبيا، رتبط في وجوده بانتشار الوسائل الالكترونية في التعامل، وخصوصية هذه الوسائل من حيث أن طرفي التعامل لا يعرف احدهما الآخر ولا سبيل له للتحقق من هوية الآخر، ولا سيما أن هذه الوسائل الالكترونية تتيح اتصال وتعاقد شخصين موجودين في مكانين مختلفين بل قد يبعد احدهما عن الآخر مئات الأميال. ومجهر خدمة التصديق يقدم خدمة التصديق عن طريق إصدار شهادة الكترونية تتضمن بيانات تحدد هوية حامل الشهادة، فتبين اسمه وعنوانه ورقم بطاقة الائتمان الخاصة به وصفته فيما إذا كان يتصرف بالنيابة عن شخص معنوي معين كإحدى الشركات التجارية (٤٢)

ويتعين على مجهز خدمة التصديق أن يتحقق من صحة هذه البيانات. ويجري الواقع العملي على التحقق من البيانات التي يقدمها من يطلب الحصول على الشهادة بوسائل مختلفة إذ قد يطلب مجهز خدمة التصديق من الشخص المذكور تقديم وثائق ومستندات معينة تؤيد هذه البيانات كجواز السفر أو رخصة القيادة. وفي بعض الحالات يكون كافيا إرسال هذه الوثائق بواسطة البريد أو الفاكس، في حين يلزم مجهز خدمة التصديق في حالات أخرى طالب الشهادة بالحضور شخصيا لغرض تقديم الوثائق والمستندات. ويملك مجهز دمة التصديق الحق في تدقيق هذه

(42) Jamir Muray, Puplic key Infrastructure digitat signature and systematic risk، Jouranl of information lae & technology (JILT) 2003 (1) available : http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2003_1/murray/
American Bar Association (ABA)، Digital Signature Guidelines, legal infrastructure for certification authority and secure electronic commerce, August 1، 1996 available at :http://www.abanet.org/scitech/ec/isc/dsgfree.html



الوثائق والمستندات للتأكد من صحتها بالرجوع إلى الجهة التي أصدرها. واختيار الأسلوب الذي يتم بمقتضاه التحق من صحة البيانات انم يعود لتقدير مجهز خدمة التصديق وحسب ظروف كل حالة على حدة(٤٣). وبهذه الصورة يمكن التأكد من أن الشخص الذي يبرم اتفاق التحكيم حائز لأهلية التصرف المطلوبة وانه لم يتخذ اسماً وهمياً أو مستعاراً.

المطلب الثاني

المحل في اتفاق التحكيم

تقضي القواعد العامة بوجوب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه (٤٤). ويشترط وقا لهذا القواعد أن يكون المحل قابلا لحكم العقد (٤٥). ولا يخرج اتفاق التحكيم الالكتروني باعتباره عقدا عن هذه القواعد. فالمحل الذي يضاف إلى اتفاق التحكيم يتمثل بالنزاع الذي يراد فضه عبر الاتفاق على التحكيم. وينبغي أن يتوافر فيه شرط القابلية لحكم العقد، أي أن يكون هذا النزاع قابلا للتحكيم. والأصل أن المتعاقدين لاسيما في التجارة الدولية يتمتعان بحرية كبيرة في تحديد المسائل التي تخضع للتحكيم، ومع ذلك فأن بعض التشريعات تفرض قيودا على حرية الأطراف في اخضاع النزاع للتحكيم، فتنص على عدم قابليته للتحكيم.

(43) Jhon Angel، Why use digital signature for electronic commerce، Journal of information lae & technology (JILT) 2003 (3) available at: http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2003_2

(٤٤) انظر: المادة (١٩٩) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

(٤٥) انظر : المادة (٢٠٥) من قانون المعاملات المدنية.

ولعل أكثر القيود تأثيرا على قابلية النزاع للتحكيم الالكتروني هي تلك التي اتت بها التشريعات الخاصة بحماية المستهلك. إذ تمنع النصوص الخاصة بحماية المستهلك الاتفاق الذي يبرم بين التاجر والمستهلك ويكون مضمونه تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهما أو النزاع الذي يثار بشانه (٤٦).

ومثل هذا المنع مرده رغبة المشرع في احاطة المستهلك بالحماية. فالمستهلك إذ يتعاقد مع تاجر محترف يكون في مركز يتسم بالضعف عند موازنته بمركز التاجر المحترف. لان المستهلك شخص يتعاقد على سلعة أو خدمة لإشباع حاجاته الشخصية أو حاجات من يعولهم ولا تتعلق تلك السلعة أو الخدمة بمهنته أو حرفته(٤٧)، فلا تتوافر فيه والحال كذلك الخبرة الفنية التي تتوافر في التاجر المحترف. بناء على ذلك فأن المشرع يقرر له حقوقا في قانونه الوطني تدعم ضعف مركزه وتقلل من عدم التوازن المفترض في العلاة بينه وبين التاجر المحترف. فإذا اتيح له الاتفاق مع التاجر على القانون الواجب التطبيق وكان قانونا آخر غير قانونه الوطني فأن هذا معناه فقدانه للحماية المقررة له بموجب نصوص قانونه الوطني وتفاديا لذلك يمنع أي اتفاق بين الطرفين لتحديد القانون الواجب التطبيق إذا كان احدهم مستهلكا. وبما أن التحكيم يتيح الاتفاق على القانون الواجب التطبيق والإجراءات التي يتبعها المحكم، فأن الخشية تكون قائمة من إهدار القانون الوطني للمستهلك وفقدانه تبعا لذلك الحماية التي تقررها له نصوص هذا القانون.

(٤٦) من ذلك مثلا التوجيه الاوربي بشأن حماية المستهلك في التعاقد عن بعد الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧ والمادة (٢٦٢) من قانون حماية المستهلك الفرنسي والمادة (١٢٠ / ف ١) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧.

(٤٧) د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك : الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، القاهرة : دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ١٢-١٣.



ومن البديهي أن المستهلك الذي يتسم مركزه بالضعف يحتاج إلى الحماية أيضاً ولذات السبب عندما يبرم تعاقدا الكترونيا، والتسليم بذلك معناه عدم جواز الاتفاق على التحكيم الالكتروني إذا كان احد الطرفين مستهلكا.

إلا أن القول بعدم جواز الاتفاق على التحكيم الالكتروني عندما يكون احد الطرفين مستهلكا لا يحقق دائما مصلحة المستهلك. فقد يكون لجوؤه إلى التحكيم أكثر تحقيقا لمصلحته. فالمستهلك قد يبرم العقد الالكتروني مع شخص قد لا يكون موجودا بالضرورة في ذات الدولة التي يوجد بها المستهلك. فإذا اثير نزاع بينهما ولم يكن امام المستهلك إلا اقامة الدعوى امام المحاكم الوطنية، فأن هذا قد يتطلب منه مصاريف قضائية مرتفعة نسبيا، بالنظر لوجود التاجر المدعة عليه في بلد اخر، كما يتطلب الأمر إجراءات كثيرة ومعقدة لتبليغه ومن ثم نظر الدعوى. وقد تكون المنازعة – وهذا هو الحال في غالب العقود التي يبرمها المستهلك قليلة القيمة، وفي مثل هذا الفرض قد يفضل المستهلك عدم اقامة الدعوى على التاحر وترك حقه تفاديا للمصاريف المرتفعة والاجراءات الطويلة، وهذا ما يعني ضياع حقه بدلا من حمايته.

بناء على ذلك فأن الفقه والقضاء حاولا أن يقفا موقفا وسطا من مسألة قابلية النزاع الذي يكون احد طرفيه مستهلكا للتحكيم. وذلك بالوقوف على الحكمة من عدم جواز اللجوء إلى التحكيم واختيار قانون سوى القانون الوطني قانونا واجب التطبيق على النزاع.

فالمستهلك وهو اقل خبرة من المحترف قد يوافق على شروط العقد ومن بينها شرط التحكيم دون تبصر ودون موازنة بين اللجوء إلى التحكيم واللجوء إلى القضاء الوطني ومن ثم تطبيق القانون الوطني. وقد لا يكون لديه الخيار لاجراء مثل

هذه الموازنة، إذ أن العقود ينفرد باعدادها التاجر المحترف وما على المستهلك الذي يرغب بالتعاقد إلا الموافقة عليها بجملتها وبكل ما تضمه من شروط. وهنا تكمن الحكمة من منع الاتفاق على التحكيم في عقود المستهلك. إذ يحمل هذا الاتفاق الخشية من قيام المستهلك بالتنازل عن حقوقه مقدما. لذا يمنع الاتفاق على التحكيم الذي يأخذ صورة شرط التحكيم. فمثل هذا الاتفاق يتم قبل نشوب النزاع، فتبقى الخشية قائمة من أن يوافق المستهلك على التحكيم دون تبصر ودون تساؤل عن الاصلح له بين اللجوء إلى القضاء والاستفادة من قواعد القانون الوطني وبين اللجوء إلى التحكيم وتطبيق قانون يتم الاتفاق عليه بين طرفي التحكيم.

أما إذا تم الاتفاق على التحكيم بصورة مشارطة التحكيم أي بعد نشوب النزاع فأن هذه الخشبة تنتفي. إذ أن المستهلك يبحث بعد نشوب النزاع عن الافضل تحقيقا لمصلحته من وسائل فض المنازعات. كما يكون له الخيار بين التحكيم وبين اللجوء إلى القضاء.

وللتأكد من اعطاء المستهلك هذا الخيار، تتبع المواقع التحارية على الانترنت طريقين:

الأول: أن يقدم التاجر صاحب الوقع تعهدا من جانب واحد للمستهلكين الذين يبرمون عقدهم عبر الموقع باللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن التعامل معه. ويعد هذا بطبيعة الحال التزاما من جانب واحد. فمثل هذا التعهد يلزم التاجر ولا يلزم المستهلك. فإذا اختار المستهلك اللجوء إلى التحكيم كان له ذلك لا سيما وان التاجر قد التزم باللجوء إلى التحكيم مقدما فلا يمكنه أن يمتنع بعد ذلك عن ابرام اتفاق التحكيم. وتأكيدا لالتزام التاجر بتعهده تقوم المحكمة الافتراضية



(وهي مؤسسة تحكيم الكتروني) بوضع ختمها على الموقع الالكتروني تأكيدا على التزام صاحب الموقع باللجوء إلى التحكيم.

إلا أن ما يعيب هذا الطريق، انه لا يقدم خيارا حقيقيا للمستهلك. لان اللجوء إلى التحكيم ما يزال رهنا بابرام اتفاق التحكيم مع التاجر. وهذا الأخير وان كان قد تعهد من جانب واحد باللجوء إلى التحكيم إلا أن بامكانه العدول عن تعهده. ولا يمنعه من ذلك وجود ختم المحكمة الافتراضية على موقعه الالكتروني، إذ يمكنه أن يتنازل عن هذا الختم إذا اراد العدول عن التعهد.

أما الطريق الثاني فأنه يتمثل بأدراج بند في العقد المبرم بين المستهلك والتاجر يعطى الخيار بموجبه للمستهلك بأن يلجأ لفض النزاع الذي قد ينشأ عن العقد أو بسببه إلى القضاء أو إلى التحكيم. وهذا الطريق يفضل على الطريق الأول في أن للمستهلك خيارا حقيقيا بشأن اللجوء إلى التحكيم. فخياره هذا مدرج في العقد، وبالمقابل فأن الطرف الثاني يكون ملزما – إذ لا خيار له – باللجوء إلى التحكيم بموجب العقد وبالتالي ليس له أن يتحلل من ذلك.

أن هذا الحل يحقق الموازنة بين ما تقضي به التشريعات من تقييد اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي يكون المستهلك طرفا فيها، بما يعنيه ذلك من اضطراره إلى اللجوء إلى القضاء بكل ما يحمله من بطء في الإجراءات وارتفاع في النفقات، وبين اللجوء للتحكيم الذي يساعده في الحصول على حقه بسرعة وبكلفة معقولة دون أن يتضمن ذلك تنازلا منه عن حقوقه بسبب عدم خبرته وضعف مركزه[٤٨].

(48) Dispute Settelement,op. cit.

المبحث الرابع

الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم الالكتروني

تتطلب اغلب القوانين التي تنظم احكام التحكيم التقليدي – يستوي في ذلك أن تكون تشريعات وطنية أو اتفاقيات دولية – شكلية معينة في اتفاق التحكيم. وتتمثل هذه الشكلية باشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا. وان كانت هذه القوانين غير متفقة فيما بينها حول الدور الذي تلعبه هذه الشكلية في اتفاق التحكيم. فمنها ما تعد الكتابة شرطا لانعقاد اتفاق التحكيم مثل قانون التحكيم المصري[٤٩]. ومنها ما تعد الكتابة لازمة لاثبات هذا الاتفاق، ومن هذه القوانين قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة. إذ تنص المادة (٢٠٣ / ف ٢) منه على انه: " ولا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ".

فإذا كنا بصدد تحديد الاطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني فأن التساؤل يثا عن كيفية استيفاء هذه الشكلية في اتفاق التحكيم الالكتروني. فالتحكيم الالكتروني – وبالنظر لعدم وجود نصوص قانونية خاصة به – يخضع إلى الأحكام التي تسري على التحكيم بوجه عام. وهذا ما يعني وجوب توافر الشكل الذي يشترطه القانون في اتفاق التحكيم، سواء كان هذا الشكل مطلوبا للانعقاد أو للإثبات. فإذا كان الشكل المطلوب هو الكتابة فأن التساؤل قائم حول كيفية استيفائها في الاتفاق الالكتروني على التحكيم. أن الإجابة عن هذا التساؤل تستلزم تحديد مفهوم الكتابة اولا والبحث في مدى استيفائها في اتفاق التحكيم ثانيا.

(٤٩) وكذلك مشروع قانون التحكيم الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة. انظر : المادة (١٢) من المشروع.







المطلب الأول

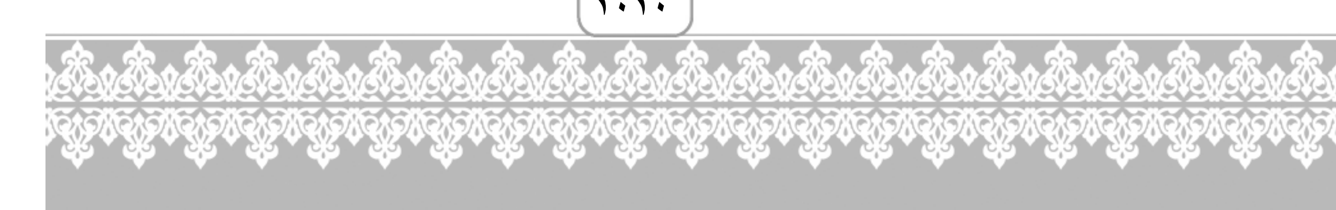
مفهوم الكتابة باعتبارها شرطا شكليا لاتفاق التحكيم

يشترط في اتفاق التحكيم – كما بينا في التمهيد السابق – أن يكون مكتوبا. فالكتابة إذا هي الشرط الشكلي الواجب توافره في اتفاق التحكيم. إلا أن النصوص القانونية لم توضح ما المقصود بالكتابة ولم تبين الشكل الذب ينبغي أن تكون عليه الكتابة. في المادة (٢٠٣/ ف ٢) من قانون الإجراءات المدنية يكتفي المشرع ببيان وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا لاثباته. وهذا ما يستوجب البحث عن مفهوم الكتابة للنظر في مدى امكانية توافرها في اتفاق التحكيم الالكتروني.

فالكتابة بشكل عام هي رموز تعبر عن القول والفكر. ولا يتقاطع هذا المفهوم العام للكتابة مع المفهوم القانوني لها. ففي القانون الكتابة رموز تعبر عن فكرة معينة. فإذا كنا نتحدث عن كتابة لاتفاق التحكيم فهذا معناه وجود رموز تبين اتفاق الأطراف وتبادل ارادتيهما على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع بينهما. ومن الفقه (٥٠) من يذهب إلى أن المشرع لا يشترط للقول بوجود الكتابة أن تكون هذه الرموز مدونة على ورق. إذ ليس في نصوص القانون ما يشير إلى ذلك. لذا فأن الكتابة جائزة على الورق أو الخشب أو الحجر أو الجلد. وهي قد تتخذ شكل مخطوطة يدوية أو أي شكل اخر. كما لم يحدد المشرع المادة التي يكتب بها المحرر. فقد تكون بخط اليد بقلم الرصاص أو الحبر الجاف أو الحبر السائل وقد تكون بالالة الكاتبة أو بالحاسب الالكتروني. فكل هذه الوسائل تنتج كتابة يعتد بها. أما القول بأن الكتابة ينبغي أن تكون على الورق فهذا – وفقا لما يذهب إليه الفقه المذكور –

---

(٥٠) انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية، القـاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٧.



يعد خلطا بين الكتابة وبين الدعامة أو الركيزة التي توضع عليها الكتابة. فالدعامة هي مجرد وسيلة لاحتواء الكتابة وليس لها اثر في تحديد مفهوم الكتابة. وطالما لم يحدد المشرع نوع هذه الركيزة لذا فأنها يمكن أن تكون أي شئ قابل لاحتواء الكتابة. بناء على ذلك فأن الكتابة إذا كانت الكترونية فأنها تعد كتابة. وإذا توافرت يعد شرط الكتابة متوافرا. فالاعتراف بالمحرر الالكتروني لا يتطلب تغييرا في نصوص القانون لانها لا تمنع ذلك ولكن يتطلب الأمر تغييرا نفسيا، بتغيير النظرة إلى المحرر على انه الكتابة على ورق.

إلا أن هذا الرأي لا يعد في تقديرنا مقبولا. صحيح أن النصوص التي تشترط الكتابة لا تشترط تمامها على دعامة معينة. إلا أن تحديد مفهوم الكتابة لا يكون بالاعتماد على هذه النصوص فقط. إذ يوجد في نصوص أخرى ما يدل على أن الكتابة ينبغي أن تكون على سند مادي. فالدليل الكتابي لا يكتمل بغير التوقيع، والمشرع يحدد التوقيع باساليب ثلاثة هي الامضاء الكتابي وبصمة الابهام والختم(٥١)، وكل هذه الاساليب تتطلب سندا ماديا له كيان مادي ملموس. وإذا كان بالإمكان أن لا يكون هذا السند ورقيا فيكون أي سند مادي اخر كالخشب أو الجلد، فانه لا يمكن أن يكون سندا غير مادي كالسند الالكتروني.

ولعل مما يؤكد ذلك أن المشرع في الكثير من النصوص القانونية يستخدم مصطلحات تشير إلى ربط الكتابة بالسند المادي وبالذات بالسند الورقي. فيستخدم مصطلح ورقة أو أوراق للإشارة إلى السندات التي تحوي الكتابة. وهذا يسري على السندات العادية والسندات التجارية، التي سماها المشرع صراحة في قانون المعاملات

(٥١) انظر : المادة (٧) من قانون الاثبات الاتحادي.



التجارية الأوراق التجارية (٥٢). بناء على ذلك يمكن القول أن المفهوم التقليدي للكتابة ارتبط بالكتابة على سند مادي. ولما كانت السندات الورقية هي الدعامة التقليدية المعتادة لاحتواء الكتابة، فان مفهوم الكتابة يتحدد بتلك الرموز المرئية على سند ورقي.

وهذا المفهوم التقليدي للكتابة قد يشكل عقبة قانونية امام اعتبار الرموز الواردة في سند الكتروني كتابة. فإذا كانت هذه الرموز تمثل اتفاق تحكيم الكتروني فأنها حينئذ لا تعد كتابة تستوفي بها الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم. ويتطلب الأمر تدخلا تشريعيا لازالة هذه العقبة. وهذا ما نبينه في المطلب الأتي.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لاستيفاء اتفاق التحكيم الالكتروني الشروط الشكلية

أن تطور مفهوم الكتابة من المفهوم التقليدي لها المتمثل بالرموز المرئية على سند ورقي إلى المفهوم الحديث لها الذي وسع من المفهوم الشابق لتشمل أي رموز تكون مرئية عند قراءتها ايا كانت الدعامة المثبتة لها، لم يطرأ بمناسبة الحديث عن اتفاق التحكيم الالكتروني أو بمناسبة ظهور عقود النجارة الالكترونية على الانترنت. فقد بدأ الأمر على يد القضاء الفرنسي. إذ قضت محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٩٧ في قضية تتلخص وقائعها في أن مدينا قبل حوالة حق وأرسل قبوله بواسطة رسالة فاكس، بأنه يجوز لقاضي الموضوع أن يعتبر رسالة الفاكس دليلا كتابيا على القبول، لانها ليست مجرد صورة بل نسخة أخرى من اصل الرسالة. إذ أن جهاز الفاكس المتلقي يتلقى الرسالة كما هي في صورة ذبذبات على اجزائه

(٥٢) المواد (٤٧٨ – ٦٤١) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.

الداخلية فتكون نسخة اصلية من المحرر بكتابة الكترونية ثم يخرجها مرة أخرى على ورق.

وبهذا الحكم تكون محكمة النقض الفرنسية قد فتحت الباب لاعادة النظر في المفهوم التقليدي للكتابة بحيث يشمل بالإضافة إلى الكتابة الورقية الكتابة على أي دعامة مما انتجته التقنيات الحديثة مادامت تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها، حتى لو كانت الكتابة غر ملموسة عند وقوعها على الدعامة مادام في الامكان قراءتها بعد ذلك باستعمال اجهزة خاصة (٥٣).

وقد اعقب هذا الحكم وما تلاه من انتشار العقود المبرمة عبر الانترنت، وهي عقود تتم عبر وسيلة الكترونية بالضرورة، اصدار قوانين تقر بالحجية القانونية للكتابة الالكترونية أو تعديل القوانين القائمة بحيث تقر بدورها بعد التعديل بالحجية القانونية للكتابة الالكترونية.

من ذلك مثلا قانون الاونسيترال النموذجي الصادر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٩٦ بشأن التجارة الالكترونية. الذي ينص في المادة (٦ / ف ١) على انه: " عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع اليها لاحقا. "

وقد تبنى قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ هذا الحكم. إذ تنص المادة (٧) منه على انه: " إذا اشترط القانون في أي بيان أو

(٥٣) انظر: د. احمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، محاضرات ملقاة على طلبة الدكتوراه، ص٢٥٦.



مستند أو سجل أو معاملة أو بينة أن يكون مكتوبا أو نص على ترتيب نتائج معينة على عدم الكتابة، فان هذا المستند أو السجل الالكتروني يستوفي هذا الشرط...".

من جانب ثان تبنت القواعد التي تنظم التحكيم عموما المفهوم الواسع للكتابة. تنص الفقرة ٢ من المادة ٧ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في ٢١ يونيو ١٩٨٥ على انه ينبغي : " أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا. ويعتبر الاتفاق مكتويا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي لتكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها احد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر. وتعتبر الاشارة في عقد ما إلى مستنذ يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون الاتفاق مكتوبا وان تكون الاشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد. ".

وكذلك الحال مع الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية على انه يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم في عقد أو في اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات.

وتعد هذه النصوص سندا قانونيا كافيا للقول بالاعتداد بالكتابة الالكترونية لإبرام اتفاق التحكيم الالكتروني.

فكلا من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي واتفاقية نيويورك يجيز أن يتم الاتفاق على التحكيم بالوسائل الالكترونية، وهما وان لم يشيرا إلى الانترنت كوسيلة لتبادل المعلومات وابرام اتفاق التحكيم الالكتروني، إلا أن ذلك لا يعني

عدم شمولها بحكم النص. فاشارة النص إلى الإبرام عبر التلكس أو البرقيات انما جاءت لانها الوسائل الاكثر استعمالا والشائعة في وقت وضع القانون المذكور والاتفاقية المشار اليها. ويبقى المبدأ أن الاتفاقية والقانون لا يمنعان من أن يتم الإبرام عبر الوسائل الالكترونية الحديثة لاسيما وانها لم تحصر الوسائل التي يمكن ابرام اتفاق التحكيم عبرها، بل جاء ذكرها لتلك الوسائل على سبيل المثال، ذلك أنها اردفت تلك الوسائل بعبارة " وغيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي ". وبذلك فأنها تشمل ما يستجد من وسائل اتصال لم تكن متاحة وقت وضع القانون مثل شبكة الانترنت.

وبالمثل يقدم نص المادة ٧ من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ سندا قانونيا للقول بحجية الكتابة الالكترونية وكفايتها لإبرام اتفاق التحكيم الالكتروني. فالنص جاء عاما يقضي باستيفاء الكتابة الالكترونية شرط الكتابة في أي تعامل يتطلب فيه القانون أن يكون مكتوبا.

إلا أن استيفاء الكتابة الالكترونية شرط الكتابة والاعتراف بحجيتها يتطلب توافر شروط معينة فيها. فالكتابة الالكترونية غير ثابتة على دعامة مادية كما في الكتابة التقليدية. وهذا يعني أنها قد تكون متاحة للاطلاع عليها مرة واحدة فقط. وفي هذه الحالة لا يتحقق الغرض من اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم سواء كان هذا الغرض استخدام الكتابة للاثبات أو للانعقاد.

وتفاديا لذلك يشترط في الكتابة الالكترونية لاتفاق التحكيم أن تكون ثابتة بحيث يمكن استخدامها والرجوع اليها فيما بعد[٥٤].

(٥٤) انظر : المادة ٧ من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي.



فلا يكفي والحال كذلك أن يكون شرط التحكيم الالكتروني مكتوبا وظاهرا في موقع التاجر ساعة ابرام العقد، انما ينبغي فوق ذلك أن تكون المعلومات الخاصة بشرط التحكيم الالكتروني محفوظة بحيث يمكن الرجوع اليها لاحقا.

فإذا كان يشترط في الكتابة الالكترونية لاتفاق التحكيم شرط الثبات على النحو المتقدم، فأن التساؤل الذي يطرح هنا هو، ما هي المدة التي ينبغي أن تبقى الكتابة الالكترونية محفوظة خلالها بحيث يقال بتوفر شرط الثبات فيها؟

يمكن في الواقع الاجابة عن هذا التساؤل في ضوء العلة التي تقف وراء اشتراط هذا الشرط. وهي تتمثل بحفظ حقوق الطرفين، فإذا اثير نزاع بينهما كان بامكانهما الاحتجاج بشرط التحكيم المتفق عليه واثبات وجوده وان كان اتفاقهما الكترونيا. ولتحقق ذلك ينبغي أن يبقى شرط التحكيم قائما طوال المدة التي يمكن من خلالها الاستناد إليه في طلب اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع. وهي بطبيعة الحال المدة التي يمكن خلالها سماع الدعوى من احد الطرفين عند قيام النزاع. وهكذا تتحدد المدة المطلوبة لبقاء شرط التحكيم بمدة تقادم الدعاوى الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد الاصلي الذي يحوي شطر التحكيم.[٥٥]

من جانب ثان تثير الكتابة الالكترونية مشكلة الثقة فيها، إذ أنها تكون عرضة للتحريف والتغيير، وهذا التغيير قد يصعب كشفه في السند الالكتروني، فهذا السند ليس ماديا بحيث يترك التغيير فيه اثرا ماديا.

(٥٥) انظر : د. سامي عبد الباقي ابو صالح، مصدر سابق، ص ١٠٩.

إلا أن هذه المشكلة يمكن تداركها أيضاً عبر حماية البيانات الواردة في اتفاق التحكيم الالكتروني بوسائل تتناسب مع طبيعتها. كأن يتم تشفير هذه البيانات بحيث لا يمكن التلاعب بها من قبل الغير، وكذلك حفظ هذه البيانات لدى شخص ثالث موثوق به يقدم مثل هذه الخدمة على الانترنت بالشكل الذي تنتفي معه احتمالات التلاعب والتزوير في البيانات سواء من قبل الطرفين أو الغير[٥٦].

(٥٦) انظر : المرجع السابق نفسه، ص ١١٠.



الخاتمـــة

أن ظهور التجارة الالكترونية في اواخر القرن الماضي اظهر الحاجة الملحة إلى استحداث وسائل قانونية تتفق مع طبيعتها لفض المنازعات التي يمكن أن تثار في اطارها. لذا ظهر التحكيم الالكتروني ليكون الوسيلة الملائمة لفض مثل هذه المنازعات. وقد انصب بحثنا على جانب من جوانب التحكيم الالكتروني وهو اتفاق التحكيم الاكتروني. وهو جانب على قدر كبير من الاهمية، فالتحكيم يبدأ باتفاق وحيث لا اتفاق لا تحكيم. وحيث أن البحث بدأ بهدف هو التعرف على احكام التحكيم الالكتروني وتقصي ما إذا كانت الأحكام التي تسري على التحكيم التقليدي يمكن أن تستوعب هذه الصيغة الجديدة من صيغ التحكيم، فأن البحث انتهى تحقيقا لما بدأ به إلى أن الأحكام التقليدية لا يمكن أن تطبق كما هي على التحكيم الالكتروني. فاتفاق التحكيم الالكتروني هو اتفاق يبرم عبر الانترنت. وهذه الوسيلة لها خصوصيتها مما يستوجب مراعاة ذلك في الأحكام التي تسري عليه. ويمكن أن نوجز أهم اوجه الخصوصية تلك بما يأتي:

اولا: لا يمكن التحقق من هوية الطرف الآخر في اتفاق التحكيم الالكتروني. فطرفا اتفاق التحكيم الالكتروني هما طرفان في عقد من عقود التجارة الالكترونية وهذه العقود تبرم عن بعد دون أن يعرف احد الطرفين الآخر، فإذا اثير نزاع بينهما واتفقا على التحكيم فان اتفاقهما يكون أيضاً دون امكانية التحقق من هوية الآخر أو اهليته. وهذا ما يتطلب ايجاد حلول قانونية توفر الثقة في هذا الاتفاق. وقد اعتمدت اغلب هيئات التحكيم الاكتروني على تصديق من شخص ثالث موثوق به عن طريق اصداره شهادة تثبت هوية الطرف الثاني وتمتعه بالاهلية.

ثانيا: أن الاتفاق على التحكيم الالكتروني يتم عبر الانترنت، فيعبر كل واحد من الطرفين عن رضائهما بالعقد عبر هذه الوسيلة، وهذا ما يتطلب نصوصا قانونية تجيز استعمال هذه الوسيلة في التعبير عن الإرادة .

ثالثا: إذا كان احد الطرفين مستهلكا – وهذا هو الغالب – فان وجود قوانين حماية المستهلك قد تعوق اللجوء إلى التحكيم الالكتروني لان هذه القوانين تمنع الاتفاق على قانون سوى القانون الوطني للمستهلك باعتباره قانونا واجب التطبيق. إلا أن ذلك قد لا يحقق مصلحة المستهلك دائما، فالعقود التي تبرم عبر الانترنت من قبل المستهلك هي عقود قليلة القيمة غالبا فلا يجدي المستهلك نفعا اللجوء إلى القضاء وتحمل مصاريف قد لا يقوى على تحملها والتحكيم الالكتروني يعد انسب الحلول له في سعيه للحصول على حقه من الطرف الآخر لانه قليل الكلفة ويتم الكترونيا فلا يضطر إلى الانتقال إلى مكان اخر. لذا فان القضاء الغربي اخذ بفكرة المصلحة تلك لتغليب اتفاق التحكيم الالكتروني على تشريعات حماية المستهلك. وهو ما يتطلب أيضاً حلا قانونيا تشريعيا يجيز اللجوء إلى التحكيم إذا كان هذا الحل اصلح للمستهلك.

رابعا: يتطلب استيفاء الشكلية المطلوبة في اتفاق التحكيم الالكتروني يستوي في ذلك أن تكون شكلية للاثبات أو للانعقاد الاعتراف بحجية الكتابة الالكترونية. وهذا ما تحقق في ضوء قانون الانسترال النموذجي للتجارة الالكترونية وكذلك في التشريعات الخاصة بالتجارة الالكترونية في الكثير من الدول.